Д-ра АДОЛЬФА МЕРКЕЛЯ,

профессора въ Страсбургѣ, въ Эльзасѣ.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭНЦИКЛОПЕДІЯ.

Переводъ **Ф. К. Зейделя**

подъ редакціею

Приватъ-доцента Императорскаго С.-Петербургскаго Университета

В. М. Грибовскаго

со второго посмертнаго изданія

Д-ра Р. Меркеля,

профессора въ Фрейбургѣ, въ Баденѣ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Изданіе Юридическаго Книжнаго Магазина **Н. К. Мартынова.**

1902.

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 28 марта 1902 года.

Предисловіе редакціи.

Юридическая энциклопедія («Juristische Encyclopädie») покойнаго Адольфа Меркеля пользуется широкой извѣстностью въ кругу не только германскихъ юристовъ. Съ нѣкоторыхъ поръ однако она вышла изъ продажи, и только въ послѣднее время новое ея изданіе съ нѣкоторыми дополненіями, вызванными по преимуществу выходомъ въ свѣтъ новаго германскаго гражданскаго Уложенія, выпустилъ Меркель-сынъ. Переводъ нашъ сдѣланъ съ этого послѣдняго изданія. Меркелевская энциклопедія по типу своему нѣсколько отступаетъ отъ русскихъ трудовъ подобнаго же характера. Она даетъ не только общее ученіе о правѣ, но кромѣ того и короткія характеристики его отдѣльныхъ отраслей; особенностью ея является также крайняя сжатость и, такъ сказать, катехизичность, отчасти затрудняющія пользованіе книгой. Тѣмъ не менѣе, появленіе ея на русскомъ языкѣ не можетъ не принести извѣстной пользы, хотя бы въ виду богатыхъ литературныхъ данныхъ, имѣющихся въ текстѣ книги.

Чтобы болѣе приспособить переводъ къ нуждамъ русской жизни, редакція въ нѣкоторыхъ мѣстахъ снабдила его примѣчаніями, проводящими параллель между правомъ германскимъ и русскимъ. Кромѣ того, для лучшей передачи отдѣльныхъ мѣстъ на русскій языкъ, переводчику пришлось въ извѣстной степени поступиться точнымъ переложеніемъ текста и передавать его своими словами, конечно, не въ ущербъ смыслу.

Предисловіе ко второму изданію.

Къ сожалѣнію, отцу моему не суждено было выпустить свою «Энциклопедію» новымъ изданіемъ. Только послѣ смерти его, послѣдовавшей въ 1896 году, былъ данъ для этого поводъ истощеніемъ перваго изданія.

Не желая видѣть исчезновенія его труда съ книжнаго рынка, я согласился на предложеніе выпустить новое изданіе.

Прежде всего было необходимо пополнить указанія литературы массою явленій въ предѣлахъ пятнадцатилѣтняго промежутка со времени перваго изданія (1885), при чемъ я въ особенности стремился указывать на прочіе труды моего отца, которые теперь стали болѣе доступны, вслѣдствіе изданнаго мною собранія его мелкихъ сочиненій.

Что касается текста, то въ немъ, казалось, прежде всего нуждался въ нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ отдѣлъ частнаго права, вообще изложенный можетъ быть немного кратко, въ особенности нынѣ, въ виду вступившаго въ законную силу Германскаго Имперскаго Гражданскаго Уложенія. Но также въ другихъ спеціальныхъ отдѣлахъ, мнѣ кажется, оправдываются нѣкоторыя видоизмѣненія и добавленія. Этимъ болѣе пространнымъ изложеніемъ, въ особенности частнаго права, составляющаго центръ юридическаго образованія, я надѣялся облегчить книгѣ распространеніе между учащимися.

Напротивъ, относительно текста «общей части» я полагалъ необходимымъ ограничиться немногими, незначительными измѣненіями, чтобы сохранить по возможности индивидуальный характеръ книги, который приданъ ей индивидуальностью ея автора.

Р. Меркель.

Фрейбургъ въ Баденѣ. Январь 1900.

СОДЕРЖАНІЕ.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Ихъ подраздѣленія §§ 191—205.

ТРЕТІЙ ОТДѢЛЪ.

Ихъ возникновеніе §§ 206—310.

ТРЕТЬЯ ГЛАВА.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Примѣненіе права §§ 311—357.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Наука права.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Юридическія спеціальныя науки.

А. Право государственнаго союза.

ВВЕДЕНІЕ.

Само государство.

ПЕРВАЯ ГЛАВА.

Государственное право §§ 385—532.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Вообще §§ 385—441.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

ВТОРАЯ ГЛАВА.

Частное право §§ 533—735.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Вообще §§ 533—554.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Германское частное право относительно его источниковъ §§ 555—578.

ТРЕТІЙ ОТДѢЛЪ.

Вещное право §§ 579—637.

ЧЕТВЕРТЫЙ ОТДѢЛЪ.

Право долговыхъ отношеній или обязательственное право §§ 638—696.

ПЯТЫЙ ОТДѢЛЪ.

Семейное право.

ШЕСТОЙ ОТДѢЛЪ.

Наслѣдственное право.

Объясненіе сокращеній и знаковъ.

Elemente=Adolf Merkel, «Elemente der allgemeinen Rechtslehre», in der 5. Auflage von Holzendorffs Encyclopädie, 1890.

Sammlung=«Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts» von A. Merkel; nach des Verfassers Tode herausg. von R. Merkel. 2 Bde. (Straszburg, Trübner) 1899.

Lehrbuch=A. Merkel «Lehrbuch des deutschen Strafrechts». (Stuttgart, Enke) 1889.

B.=Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

ВВЕДЕНІЕ.

1. Настоящее сочиненіе представляетъ собою извлеченіе изъ главныхъ частей правовѣдѣнія съ оттѣненіемъ проходящихъ чрезъ все право и обосновывающихъ его духовное единство основныхъ мыслей.

Цѣль предлагаемаго труда—облегчить начинающимъ ознакомленіе съ правомъ, и поощрить знакомыхъ съ нимъ къ достиженію объединенія нашихъ знаній о правѣ и упрощенія его выраженія.

2. Расчлененіе содержанія книги соотвѣтствуетъ расчлененію самой науки права, которая дѣлится на «общее ученіе о правѣ» и спеціальныя юридическія науки: государственнаго, гражданскаго, уголовнаго, процессуальнаго, церковнаго и международнаго права.

Послѣднія имѣютъ своимъ предметомъ указанныя части права въ ихъ особенности, первая изслѣдуетъ начала общія всѣмъ частямъ.

Сообразно тому настоящая энциклопедія распадается на общую часть, содержащую извлеченіе изъ общей теоріи права, и на особенную часть, которая заключаетъ въ себѣ извлеченіе изъ юридическихъ спеціальныхъ наукъ.

Изъ другихъ юридическихъ энциклопедій нужно упомянуть: Arndts, Enc. und Methodologie 43, 9. A bes. v. Grueber 95. Bluhme, Enc. des in Deutchland geltenden Rechts, 3. A. 63 ff. Walter, Enc. 56. Enc. der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. Herausgegeben unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter von F. v. Holtzendorff. Erster system. Teil, 5 A. 90 (darin von A. Merkel, „Elemente der allgemeinen Rechtslehre“, aufgenommen in die „Sammlung“ S. 577 ff.) Zweiter Teil: Rechtslexikon, 3 Bde., 3. A. 80 f. Das Gesamtwerk will eine Berichterstattung uber das Ganze der Rechtswissenchaft geben. Gareis, Enc. und Methodologie der Rechtswissenschaft 87 *).

---

*) Изъ русскихъ учебниковъ и трудовъ по энциклопедіи права нужно упомянуть „Юридическую догматику“ Капустина, „Очерки юридической энциклопедіи“ Ренненкампфа, „Лекціи по общей теоріи права“ Коркунова и еще неоконченные, оригинальные по замыслу „Очерки философіи права“ Л. I. Петражицкаго. *Ред.*

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Общая теорія права.

Исходныя начала.

§ 1.

Что такое право?

Это можно уразумѣть изъ частнаго примѣра.

Сосѣди затѣяли споръ относительно границъ своихъ владѣній. Приглашенный ими судья устанавливаетъ спорныя границы и обозначаетъ ихъ просредствомъ пограничныхъ столбовъ.

Попробуемъ себѣ уяснить значеніе приведеннаго факта—и элементы, изъ которыхъ слагается право, при этомъ выступятъ въ ихъ самомъ простомъ видѣ.

§ 2.

Судейское рѣшеніе даетъ спорящимъ сосѣдямъ:

1. *Свѣдѣнія* о границахъ, въ которыхъ должна быть уважаема область личнаго господства каждаго изъ спорящихъ;

2. *Побудительныя основанія* для соотвѣтствующаго отношенія къ предмету спора въ дальнѣйшемъ.

§ 3.

Рѣшеніе судьи содержитъ въ себѣ:

1. Сужденіе: «*Вы должны* (или Вамъ надлежитъ) уважать установленныя мною границы; *Вы* къ тому *обязаны*.

2. Сужденіе: *вы смѣете* (или можете) въ указанныхъ границахъ осуществлять вашу волю и ваши интересы; вы къ тому *управомочены*.

Такимъ образомъ приговоръ въ первой части является *приказомъ* (повелѣніемъ), во второй *обезпеченіемъ* (гарантіей).

§ 4.

Въ соотвѣтствіи съ указанными моментами и слѣдствіе, вытекающее изъ судейскаго опредѣленія границъ спорныхъ владѣній, двояко: оно заключаетъ въ себѣ начало ограничивающее, сдерживающее въ направленіи приказа, и освобождающее, охраняющее въ направленіи обезпеченія.

Точныя границы прежде всего создаютъ *предѣлъ* для того, кто былъ-бы склоненъ переступить область господства, ему предоставленную, а затѣмъ предоставляютъ тому, кто желаетъ, *защиту* свободно двигаться въ отмежеванныхъ ему границахъ.

§ 5.

Подъ такимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ устанавливающееся сосѣдское взаимоотношеніе называется *юридическимъ отношеніемъ*, въ которомъ, согласно сказанному, можно различить одну сторону связанности или *обязанности* и соотвѣтствующую ей сторону господства или *уполномочія*.

Господство, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, при наличности извѣстныхъ условій, подлежащихъ выясненію въ своемъ мѣстѣ, получаетъ наименованіе „права", „права въ субъективномъ смыслѣ" (§ 153 и сл.).

§ 6.

Цѣль, которая съ точки зрѣнія судьи должна быть достигнута его дѣятельностью, заключается въ томъ: чтобы осуществить возможность мирной и упорядоченной совмѣстной жизни двухъ заинтересованныхъ лицъ и обезпечить ихъ волѣ и интересамъ область свободнаго проявленія.

§ 7.

Судья въ подобномъ случаѣ является представителемъ интереса единенія сторонъ, такъ какъ обѣ онѣ заинтересованы въ томъ, чтобы имѣть возможность въ обезпеченныхъ границахъ безъ препятствій осуществлять свою волю и свои интересы.

§ 8.

Отъ того духа, въ которомъ послѣдуетъ эта судейская регулировка границъ, зависитъ, въ состояніи ли она будетъ замирить стороны во всѣхъ отношеніяхъ и на продолжительное время.

Послѣднее можетъ произойти только въ томъ случаѣ, если регулировка выполнена безпристрастно и по мѣрилу не произвольному, но соотвѣтствующему обстоятельствамъ дѣла и если стороны не откажутъ ей въ своемъ признаніи. Другими словами, регулировка должна явиться *справедливою*.

§ 9.

Такимъ образомъ, разсмотрѣнная судейская дѣятельность съ одной стороны заключаетъ въ себѣ начало цѣлесообразности (§ 6), съ другой стороны—начало справедливости (§ 8).

Она совершается ради цѣли, которой служитъ судья, но вмѣстѣ съ тѣмъ выполняетъ эту цѣль, только какъ справедливую.

§ 10.

Разсмотримъ теперь вышеприведенный случай въ связи съ развитою правовою жизнью, въ томъ видѣ, какъ она проходитъ передъ нашими

глазами въ современныхъ государствахъ; отъ этой дѣйствительной правовой жизни до сихъ поръ мы умышленно отвлекались.

Въ ея средѣ разсмотрѣнный примѣръ получаетъ болѣе широкое значеніе, выходящее за предѣлы круга ближайшихъ заинтересованныхъ лицъ, но тѣмъ не менѣе по существу не теряетъ своего значенія.

§ 11.

Судья является здѣсь не только представителемъ интереса единенія сторонъ въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, но представительствуетъ интересъ соглашенія въ отношеніи всѣхъ, кто только прямо или косвенно можетъ попасть въ конфликты подобнаго рода.

§ 12.

Далѣе—судья сначала не создаетъ лично мѣрила для своей дѣятельности. Это мѣрило ему большею частью дается уже готовымъ въ системѣ опредѣленій и правилъ, «*правовыхъ положеній*», «*правовыхъ нормъ*», которыми онъ связанъ.

§ 13.

Названныя опредѣленія проявляютъ свое дѣйствіе не только при посредствѣ судейскихъ рѣшеній, но кромѣ того одновременно также и болѣе прямымъ путемъ, въ видѣ непосредственной нормировки дѣятельности всѣхъ тѣхъ лицъ, предѣлы проявленія силы которыхъ ограничиваются правовыми положеніями.

§ 14.

Духовная сила, выражающаяся въ подобной дѣятельности, называется правомъ, *правомъ въ объективномъ смыслѣ*. Своеобразная же сущность этой силы наиболѣе всесторонне сказывается въ выше разсмотрѣнной судейской регулировкѣ границъ осуществленія интересовъ спорящихъ сторонъ.

Поэтому все сказанное о силѣ, полагающей предѣлы абсолютно свободной дѣятельности человѣка, въ общемъ смыслѣ прилагается и къ праву.

Своеобразная сущность права вообще находитъ себѣ наиболѣе понятное выраженіе въ судейской дѣятельности. Въ ней дается и первая историческая форма, въ которой право проявляетъ свои специфическіе признаки.

§ 15.

Такимъ образомъ, мы можемъ всегда въ правѣ вообще, какъ и въ выше разсмотрѣнномъ судейскомъ рѣшеніи (§ 2), различить теоретическій и практическій элементъ. Всякое опредѣленіе права даетъ съ одной стороны какое нибудь понятіе о требующихъ соблюденія границахъ проявленія господства человѣческой силы, съ другой—стремится привести въ дѣйствіе *мотивы* для установленія соотвѣтствія между поведеніемъ человѣка и предложеннымъ понятіемъ. Право обращается къ нашему знанію и къ нашей волѣ, оно вліяетъ какъ ученіе (§§ 24—41) и какъ сила (§§ 42—59).

§ 16.

Такимъ образомъ право, какъ и судейское опредѣленіе границъ свободной силы, вездѣ получаетъ двоякое значеніе (§ 3): съ одной стороны, во всѣхъ своихъ частяхъ въ опредѣленномъ направленіи, оно имѣетъ значеніе *велѣнія*, съ другой — значеніе *обезпеченія*, въ первомъ случаѣ оно ограничиваетъ, во второмъ охраняетъ; иначе говоря,—обосновываетъ прежде всего долженствованіе, затѣмъ обусловливаетъ позволеніе и возможность; въ первомъ случаѣ устанавливаетъ *обязанности*, во второмъ—*правомочія*.

§ 17

Далѣе, что разобраннымъ судейскимъ рѣшеніемъ дается спорящимъ сосѣдямъ, то при одинаковыхъ условіяхъ правомъ въ его совокупности предоставляется всѣмъ членамъ общества и всей охватываемой ихъ общественной жизни (§ 8).

Обезпечивая человѣку огражденную сферу мощи и свободы, ограничивая ее, право уподобляется Терминусу, тому римскому божеству, которое охраняло границы.

§ 18.

Подъ вліяніемъ права, жизненныя отношенія въ предѣлахъ общества слагаются въ *юридическія отношенія* (§ 5). Основанный же на томъ порядокъ всѣхъ отношеній общества получаетъ названіе *правового порядка*.

§ 19.

Понятія *права* и *юридическихъ отношеній* суть центральныя понятія нашей науки.

Содержаніе же ихъ совпадаетъ съ тѣми свѣдѣніями, которыя нужно дать о правѣ, какъ объ упорядочивающей силѣ, и о юридическихъ отношеніяхъ, какъ о жизненныхъ отношеніяхъ, подлежащихъ его регулирующему вліянію

§ 20.

Далѣе будетъ идти рѣчь:

о правѣ,

о юридическихъ отношеніяхъ,

о примѣненіи перваго къ послѣднимъ и о наукѣ права.

О характерѣ общей теоріи права, или, что то-же самое, общей части правовѣдѣнія, или наконецъ, какъ мы тоже можемъ еще назвать философіи права (см. § 363), очеркъ которой будетъ данъ въ этой общей части ср. A. Merkel, Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben; in der Gruenhutschen Zeitschr. f. d. Privat- und oeffentl. Recht der Gegenwart I, S. 1 ff. (Sammlung S. 291 ff.).

ПЕРВАЯ ГЛАВА.

Право.

§ 21.

Мы разсматриваемъ право со стороны его:

1) *признаковъ*,
2) *подраздѣленій*,
3) *возникновенія*.

Каждая изъ упомянутыхъ рубрикъ найдетъ себѣ выраженіе въ соотвѣтствующихъ отдѣлахъ о признакахъ, раздѣленіи, возникновенія юридическихъ отношеній.

Литература общаго характера по разсматриваемымъ въ этой главѣ вопросамъ: R. v. Yhering, Der Zweck im Recht, I. Bd. 77, 2. A. 84, II. Bd. 83, 2. A. 86; derselbe, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 Bde., 52—84, die einzelnen Bände in verschiedenen Aufl. Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2, A. 68. Lasson, System der Rechtsphilosophie 82. Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie 63, und Uebersicht über die Geschichte der R. und Staatsphilosophie in Holtzendorffs Enc. (ergänzt von A. Merkel). Ahrens, Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates, 6. A. 70. v. Kirchmann, die Grundbegriffe des Rechts und der Moral 69. Arnold, Kultur und Rechtsleben 65. Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis 81. Binding, die Normen und ihre Uebertretung I. 72, 2. A. 90; II. 77 (hierzu Merkel, Sammlung S. 689); Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 77, 83 (hierzu Merkel Sammlung S. 481.) derselbe, juristische Prinzipienlehre 94. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgem. Rechtslehre 78. Merkel, Rechtsnorm und subjektives Recht, mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von Thon 79 (Grünhuts Zeitschr. VI und Sammlung S. 373). Schuppe, Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie 81; derselbe, Begriff des subjektiven Rechts 87 (hierzu Merkel, Sammlung S. 537), Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz 89 (hierzu Elemente § 6). — Austin, Philosophie of the Positive Laws 5 th. ed. 86. Перечисленные труды вмѣстѣ съ тѣмъ выражаютъ главнѣйшія новѣйшія теченія въ общей теоріи права.

Болѣе старыя, но еще сохранившія значеніе сочиненія: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts 21, 33 (herausg. v. Gans). Stahl, Philosophie des Rechts auf der Grundlage christlicher Weltanschauung 30 ff., 5. A. 78. Сравни далѣе: Kuno Fischer, Geschichte der neueren Philosophie, 4. A. 97 ff. Windelband, Geschichte der neueren Philosophie, 78, 80; derselbe, Geschichte der Philosophie, 2. A. 98. Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft. 92. f.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Признаки права.

I. Право, какъ теорія и сила

§ 22.

Право характеризуется своимъ дѣйствіемъ.

Оно дѣйствуетъ (§ 15):

1) какъ *теорія* (ученіе),
2) какъ *сила*.

Въ качествѣ ученія, оно даетъ понятіе (свѣдѣнія), какъ должны быть опредѣлены границы областей проявленія человѣческой силы (человѣческаго господства).

Въ качествѣ силы, оно требуетъ и обезпечиваетъ соблюденіе этихъ границъ.

§ 23.

Какія точки зрѣнія господствуютъ въ этомъ ученіи?

Какъ проявляется эта сила?

На первый вопросъ отвѣтъ данъ подъ 1, а на второй подъ 2.

I. Право, какъ ученіе.

§ 24.

Если право даетъ свѣдѣнія или понятія о томъ, какъ разграничить по отношенію другъ къ другу приходящихъ въ соприкосновеніе въ житейскомъ круговоротѣ, области господства сосѣдей, членовъ семьи, гражданъ и присутственныхъ мѣстъ, тѣхъ же присутственныхъ мѣстъ между собою, государства и церкви, различныхъ государствъ и т. д., то содержаніе этихъ свѣдѣній окажется зависимымъ:

1. Отъ *цѣли,* которой служитъ право.
2. Отъ господствующихъ представленій *о справедливомъ* (см. § 9).

§ 25.

Право есть *средство для достиженія цѣли;* оно служитъ для установленія огражденнаго порядка; право служитъ интересамъ, которые при немъ получаютъ возможность свободнаго осуществленія; къ этой цѣли направляется право.

Содержаніе права можно сравнить съ содержаніемъ мирныхъ договоровъ, ограничивающихъ сферы господства различныхъ государствъ по отношенію другъ къ другу и достигающихъ этого настолько, насколько такое ограниченіе соотвѣтствуетъ потребности въ прочномъ мирѣ въ средѣ участвующихъ въ мирныхъ переговорахъ государствъ, а не въ скоропереходящемъ краткомъ перемиріи.

Содержаніе права одновременно же подпадаетъ нѣкоторому вліянію въ смыслѣ установленія или сохраненія его *въ согласіи съ господствующими этическими воззрѣніями,* особенно съ воззрѣніями на справедливое, и потому всегда наряду со свойствомъ цѣлесообразности право притязаетъ и на свойство справедливости.

Установленіе соотношенія обоихъ свойствъ другъ къ другу есть одна изъ основныхъ задачъ общей теоріи права.

Elemente § 9 (право не самоцѣльно), 10 (право, какъ органъ общественныхъ интересовъ), 12 (идея права и правовая воля въ ихъ отношеніи къ другъ другу).

§ 26.

Точки зрѣнія цѣлесообразности и справедливости логически не совпадаютъ.

Существуетъ однако между условіями, ставящими содержаніе права въ соотвѣтствіе съ той или другой точкой зрѣнія, опредѣленное соотношеніе, въ силу котораго право цѣликомъ лишь постольку является цѣлесообразнымъ, поскольку въ то же время оказывается справедливымъ. Мы разсмотримъ здѣсь оба эти свойства права:

I въ ихъ *логической самостоятельности* (§ 27 и сл.),

II въ ихъ *причинной связи* (§ 35 и сл.).

§ 27.

1. Содержаніе каждаго правового опредѣленія можно разсматривать съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія:

1) Съ точки зрѣнія *выступающаго въ немъ субъекта* и его цѣли, и

2) Съ точки зрѣнія лицъ *имъ пораженныхъ,* пассивно участвующихъ, отношенія которыхъ имъ упорядочиваются и которымъ важно, чтобы это упорядоченіе не совершалось по мѣрилу, произвольно примѣненному къ этимъ отношеніямъ, и не на основаніи произвольныхъ предположеній относительно ихъ фактической и нравственной сущности.

Въ первомъ случаѣ мы спрашиваемъ, служитъ-ли правовое опредѣленіе цѣлямъ его субъекта, во второмъ—въ какомъ отношеніи оно находится къ своему предмету и къ тому, что относительно него считается правдою.

Равнымъ образомъ мы можемъ провести подобное различіе въ каждомъ проявленіи человѣческаго мнѣнія или воли, имѣющемъ предметомъ третьихъ лицъ. Мы можемъ его съ одной стороны сравнивать съ цѣлью, ради которой оно совершается, а съ другой стороны изслѣдовать, справедливо ли оно по отношенію къ своему предмету. Если, напримѣръ, кто-нибудь подвергаетъ публичной критикѣ политическое или нравственное поведеніе другого, то каждый признаетъ различіе этихъ обоихъ вопросовъ:

Цѣлесообразна ли критика, т. е. влечетъ ли она за собою желательное для критика дѣйствіе (напр. дискредитированіе политическаго противника)?

Справедлива ли критика, т. е. соотвѣтствуетъ ли она фактической и нравственной сущности обсуждаемаго поведенія?

О субъектѣ же, съ которымъ мы имѣемъ дѣло въ правѣ, будетъ рѣчь въ § 43.

§ 28.

Представимъ себѣ прежде вездѣ существовавшіе правовые институты рабства и крѣпостнаго права.

Ихъ многократно подвергали изслѣдованію:

1. Съ точки зрѣнія *субъекта,* который выступалъ въ соотвѣтствующихъ правовыхъ положеніяхъ, то есть съ точки зрѣнія господствующей въ государствѣ воли; въ этомъ случаѣ подвергали изслѣдованію вопросъ, дѣйствительно-ли поддержаніе этого института соотвѣтствовало пред-

полагаемой при томъ цѣли и нельзя-ли было достигнуть той-же цѣли другимъ способомъ;

2. Съ точки зрѣнія *пассивно участвовавшихъ*, т. е. тѣхъ, съ которыми въ качествѣ рабовъ или крѣпостныхъ обращались какъ съ вещами или принадлежностями къ вещамъ; въ томъ случаѣ разсуждали, сообразно ли было такое обращеніе съ ихъ человѣческой природой. При такомъ іслѣдованіи придерживались мнѣній, нашедшихъ себѣ выраженіе при господствѣ подобнаго порядка вещей, и подвергали обсужденію ихъ истинность.

Съ послѣдней точки зрѣнія исходилъ, напр., Аристотель въ своемъ извѣстномъ разсужденіи о рабствѣ.

§ 29.

Вспомнимъ затѣмъ дѣятельность нашихъ судовъ.

Если возникаетъ вопросъ о ихъ цѣлесообразности, то мы изслѣдуемъ результаты ихъ дѣятельности по отношенію къ цѣли права, коего органы— суды, или, что сводится къ тому-же самому, по отношенію къ цѣли проявляющагося въ правѣ, субъекта. Если же, напротивъ, обсуждается справедливость ихъ приговоровъ, то мы сравниваемъ свойства людей, дѣйствій и отношеній, которыя составляютъ предметъ судебныхъ приговоровъ, съ этими приговорами.

Въ какомъ смыслѣ однако указанныя свойства здѣсь должны быть приняты во вниманіе, это подлежитъ дальнѣйшему изложенію.

§ 30.

Если мы подвергнемъ іслѣдованію справедливость правового положенія вообще или въ частности судейскаго приговора, то изслѣдованіе направится:

а) на его фактическую,

б) на его нравственную истинность.

§ 31.

Поэтому приговоръ, который осуждалъ бы кого нибудь на смерть за кражу, только тогда-бы считался справедливымъ: а) если бы мы признали, что дѣяніе, составляющее его предметъ, дѣйствительно было совершено осужденнымъ и при томъ такимъ образомъ, какъ предположено въ приговорѣ; б) если бы содержаніе приговора находилось въ согласіи съ нашей нравственной оцѣнкой таковыхъ дѣяній, выражаясь иначе, съ нашимъ этическимъ міросозерцаніемъ.

§ 32.

Вслѣдствіе этого, прежде частое осужденіе старыхъ женщинъ за колдовство, въ настоящее время, мы считаемъ несправедливымъ, такъ какъ никакого колдовства не существуетъ, а потому и приговорамъ не достаетъ *фактической истинности;* точно такъ же для насъ является несправедливымъ прежде частое осужденіе еретиковъ на сожженіе, такъ какъ подобное осужденіе противорѣчитъ нашимъ этическимъ взглядамъ и по-

добнымъ приговорамъ, по нашимъ воззрѣніямъ, не достаетъ *нравственной истинности*.

Нравственная оцѣнка дѣйствій, отношеній и лицъ проявляющая у различныхъ народовъ, какъ и у различныхъ индивидовъ, большія различія, вмѣстѣ съ тѣмъ у тѣхъ и у другихъ подлежитъ развитію. Право зависитъ отъ этическихъ воззрѣній, господствующихъ у даннаго народа, въ данное время (см. § 39 и сл., § 49 прим.).

§ 33.

Признаки справедливости являются для насъ осуществленными въ правѣ только тогда, когда къ сталкивающимся и конкурирующимъ интересамъ, притязанія которыхъ на господство подлежитъ его рѣшеніямъ, оно прилагаетъ одинаковое и равномѣрно обязательное мѣрило.

Другими словами: для справедливости права необходимо, чтобы оно было чуждо существующимъ общественнымъ и индивидуальнымъ противоположностямъ и соперничеству, и по отношенію къ этимъ явленіямъ оказывалось бы нейтральнымъ, но по отношенію къ заинтересованнымъ лицамъ и къ тому, что считается истиною, было-бы равномѣрно близко.

§ 34.

Поэтому юстиція, которая къ дѣйствіямъ и притязаніямъ процессуальныхъ противниковъ или къ нарушеніямъ закона различными лицами прилагаетъ различную мѣру, покажется намъ несправедливою.

Равнымъ образомъ, такимъ оказалось-бы и законодательство, которое заимствовало-бы свой масштабъ для религіозныхъ убѣжденій только у части населенія, и, слѣдовательно, по отношенію къ представителямъ конкурирующихъ убѣжденій явилось бы силою партійною и чуждою по своему духу.

Впрочемъ, относительно нейтральнаго и обязательнаго для всѣхъ мѣрила въ современномъ государствѣ существуетъ различіе между опредѣленіями законодателя и судьи. Для перваго эта мѣра кроется въ общихъ убѣжденіяхъ и интересахъ, для судьи—въ воплощеніи этихъ убѣжденій и интересовъ въ законѣ. См. 3 Отдѣлъ.

Понятіе справедливаго, гдѣ оно признавалось самостоятельнымъ (§ 41 прим.), опредѣлялось по большей части слишкомъ узко. Выдвигали, напримѣръ, отдѣльныя его проявленія. Сюда относится, между прочимъ, представленіе о справедливомъ какъ сужденіи „равнымъ за равное“ и наоборотъ. Что этимъ опредѣленіемъ сущность справедливаго характеризуется не исчерпывающе, легко доказать. Мы находимъ уголовное осужденіе невиннаго несправедливымъ совершенно независимо отъ того, какой порядокъ вообще примѣнялся въ сходныхъ случаяхъ; мы говоримъ о несправедливости просто потому, что подобное осужденіе не соотвѣтствуетъ своему предмету и является несправедливымъ по отношенію къ нему, такъ какъ невѣрнымъ представленіямъ придаетъ на практикѣ значительное и для потерпѣвшаго чувствительное выраженіе. Справедливость есть практическая истинность; это подтверждаютъ языки культурныхъ народовъ, допуская во многихъ оборотахъ рѣчи употребленіе безъ различія одинаковыя слова для понятія справедливости и истинности, а также права и истинности.

Указаннымъ признакамъ справедливости соотвѣтствуетъ и популярное представленіе одной богини, которая съ завязанными глазами (нейтральность) при помощи точныхъ вѣсовъ (равенство и дѣйствительность примѣненнаго

мѣрила, истинность рѣшенія) взвѣшиваетъ по отношенію другъ къ другу дѣйствія и притязанія представителей соперничающихъ интересовъ.

§ 35.

II. Причинная же связь между цѣлесообразностью и справедливостью въ области права опредѣляется такимъ образомъ, что проявляющаяся въ правѣ воля вообще достигаетъ своей цѣли только при томъ предположеніи, что его опредѣленія соотвѣтствуютъ природѣ упорядоченныхъ отношеній и кажутся справедливыми людямъ, связаннымъ ими.

Эта воля творитъ право, какъ средство для цѣли, такъ какъ отъ права зависитъ удовлетвореніе интересовъ, органомъ которыхъ является само право. Но это средство годно для цѣли лишь постольку, поскольку въ немъ проявляются признаки справедливости (см. § 8 и 9).

Собственно, выясненіе и обезпеченіе границъ областей человѣческаго господства совершается не ради осуществленія справедливости, но оно выполняетъ свою цѣль только, если послѣдняя отвѣчаетъ справедливости. Побудительная причина заключается въ бѣдственныхъ послѣдствіяхъ, связанныхъ со споромъ, безпорядкомъ и необезпеченностью; дѣйствительную же помощь оказываетъ этимъ бѣдствіямъ однако только порядокъ, признающій сообразно господствующимъ воззрѣніямъ за каждымъ свое и устанавливающій границы по мѣрилу, которое всѣмъ представляется обязательнымъ. Въ подобномъ же положеніи находится въ области науки соотвѣтствіе примѣненнаго метода къ цѣли изслѣдованія, въ вопросахъ практики—соотвѣтствіе какого-либо утвержденія по отношенію его цѣли и во всей области житейскаго оборота—истина по отношенію къ двигателю практическихъ жизненныхъ интересовъ и къ поставленнымъ имъ цѣлямъ. Подобно тому, какъ истина имѣетъ свою собственную мѣру и можетъ быть провѣряема независимо отъ вопроса о цѣлесообразности, доподобную провѣрку пускаетъ и справедливость функціи права. Справедливо ли кто осужденъ за преступленіе или оправданъ, можно установить, не принимая въ соображеніе вліяній приговора на поддержаніе общественнаго мира, на силу права и охраняемыхъ имъ интересовъ, короче, не принимая во вниманіе его значенія для цѣлей юстиціи; совершенно съ той же точки зрѣнія можетъ быть обсуждаема истинность утвержденія оратора независимо отъ цѣлей его рѣчей. Но, подобно тому, какъ въ настоящемъ случаѣ истина и цѣлесообразность всетаки соединены между собою причинною связью, точно также и въ области права справедливость и цѣлесообразность являются тѣсно связанными.

§ 36.

Эти признаки по отношенію къ нашимъ нравственнымъ воззрѣніямъ и чувствамъ получаютъ въ то-же время самостоятельное значеніе; несправедливость мѣропріятія, независимо отъ всѣхъ соображеній цѣлесообразности вызываетъ наше неудовольствіе, справедливость-же — безкорыстное сочувствіе.

Духовная сила, ясно очерчиваемая этими ея фактами, справедливость, какъ человѣческое свойство — получаетъ въ правовой жизни самостоятельное значеніе, какъ въ смыслѣ сохраненія и развитія упомянутыхъ признаковъ права, такъ и въ смыслѣ утвержденія его господства (см. 47—49).

Вліяніе названной силы въ исторіи права рѣдко проявляется вполнѣ самостоятельно. Гдѣ бы ни проводилась какая бы то ни было реформа во имя

справедливости, тамъ наряду съ ней обыкновенно участвовали другіе факторы. Такъ, въ борьбѣ противъ рабства и крѣпостничества, гдѣ бы ни осуществлялась побѣдоносная эмансипація, справедливость оказывалась далеко не единственнымъ и даже по большей части и не самымъ вліятельнымъ факторомъ, хотя вліянія его въ то-же время нельзя отрицать въ исторіи паденія упомянутыхъ институтовъ. Касаться относящихся сюда вопросовъ психологіи и исторіи развитія мы не будемъ.

§ 37.

Однако соотвѣтствіе права со справедливостью повсюду и неизбѣжно не бываетъ полнымъ.

Условія дѣятельности права равно какъ и условія его возникновенія и развитія, служатъ причиной тому, что право постоянно заключаетъ въ себѣ *въ извѣстной мѣрѣ несправедливость*, формы которой измѣнчивы, но сущность (присутствіе) неустранима.

§ 38.

Къ условіямъ дѣятельности, сообразной съ его назначеніемъ, права принадлежатъ:

1. Въ отношеніи *правовыхъ положеній* разработка по возможности единой и устойчивой системы точныхъ, рѣзко опредѣленныхъ и легко примѣняемыхъ правилъ,

2. Въ отношеніи *конкретныхъ опредѣленій* опредѣленность и неоспоримость даже тамъ, гдѣ истина съ увѣренностью не различима.

Это потому, что только опредѣленныя, ясныя, равномѣрныя и исключающія всякія противорѣчія правила и рѣшенія способны предовратить столкновенія и положить прочныя основы мирнаго процвѣтанія совмѣстной жизни.

При сложности, многообразіи и измѣнчивости жизненныхъ отношеній содержаніе права часто неравное должно считать равнымъ, не истинное — истиннымъ и въ виду этого оно бываетъ принуждено отступать отъ справедливости.

Если напр., имперская конституція признаетъ за нѣмцами мужескаго пола избирательное право въ рейхстагѣ только по достиженіи ими 25-лѣтняго возраста, то въ этомъ требованіи права заключается игнорированіе, подчасъ, весьма крупныхъ различій отдѣльныхъ лицъ въ отношеніи духовной зрѣлости и самостоятельности. Хотя тѣмъ не менѣе само собою понятно, что мы не можемъ обойтись безъ правилъ подобнаго рода.

Степень, которой достигаетъ эта сторона въ правѣ и насколько при этомъ ей приносятся въ жертву истина и справедливость, можетъ быть, впрочемъ, очень различна. Въ данномъ отношеніи различаютъ „строго формальное" право и „справедливое" право. Относительно перваго получаетъ силу положеніе „summum jus summa injuria", поскольку внѣшнее совершенство текстовъ, регулирующихъ охваченныя ими отношенія, имѣетъ свою оборотную сторону въ смыслѣ допущенія несправедливости въ нормировкѣ отдѣльныхъ отношеній и столкновеній.

На придачу допускаемая въ такихъ случаяхъ несправедливость заключаетъ въ себѣ также несовершенство и съ утилитарной точки зрѣнія. Право, безъ сомнѣнія, совершеннѣе выполняло бы поставляемыя ему цѣли, если бы

обстоятельства позволяли ему всегда связывать силу и ясность съ самой индивидуальной правдой. Но право должно, если оно не хочетъ *совершенно* отказаться отъ своей цѣли, отказаться отъ полнаго достиженія правды.

§ 39.

Справедливость права далѣе могла бы быть осуществлена вполнѣ только тогда, если бы имѣлось всеобщее согласіе въ воззрѣніяхъ на фактическую природу и нравственную оцѣнку отношеній, лицъ и дѣйствій, подлежащихъ обсужденію и воздѣйствію со стороны права. Это потому, что только при подобномъ предположеніи примѣненный правомъ масштабъ получилъ бы для всѣхъ безъ различія равное значеніе (§ 33 и сл.).

§ 40.

Однако требуемое согласіе если и существуетъ то только въ нѣкоторыхъ тѣсныхъ кругахъ съ измѣнчивыми границами; различіе индивидовъ и условій, въ которыхъ складываются наши воззрѣнія, исключаютъ возможность совершеннаго когда-либо совпаденія права и справедливости (§ 122 и сл.).

Для исторіи права важно отмѣтить отчасти только нѣкоторыя болѣе общія проявленія подобной противоположности, напр.: по вопросу соотношенія авторитета исконняго права къ вновь создающемуся народной жизнью его содержанію, по вопросу отношенія отдѣльной личности и ея воли къ государственному цѣлому, ея потребности единенія къ праву своихъ представителей по вопросу касательно общихъ свойствъ и притязаній индивида по сравненію съ существующимъ между людьми, ихъ дѣйствіями, различіями, наряду съ ихъ значеніемъ для общественной жизни.

Въ разнообразныхъ формахъ, но не измѣняя своей сущности, отмѣченныя противоположности проявляютъ свое вліяніе въ безпрерывной борьбѣ за содержаніе права и подъ воздѣйствіемъ этой борьбы, право, предоставляя то одному, то другому установившемуся воззрѣнію преобладающее значеніе, принимаетъ въ себя элементы партійности, а слѣдовательно и несправедливости.

Указанное положеніе вещей влечетъ за собою то послѣдствіе, что содержаніе права вездѣ и во всѣхъ своихъ сложныхъ частяхъ получаетъ характеръ *компромисса* между сталкивающимися интересами и убѣжденіями; компромиссъ, въ свою очередь, требуетъ все новыхъ и новыхъ модификацій и пересмотровъ, сообразно постоянно совершающихся измѣненій въ общественномъ быту. Эти же модификаціи совершаются въ зависимости отъ разрѣшенія вопроса о власти между представителями помянутыхъ интересовъ и убѣжденій, а таковыя разрѣшенія, какъ бы высоко ни цѣнился въ обществѣ элементъ властный, представляютъ собою лишь весьма неполное ручательство относительно справедливости самихъ модификацій. Сравни: Merkel, Recht und Macht, in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etct. V, 1 (Sammlung S. 400)— Elemente § 11 („Ueber die Kompromissnatur des Rechts").

§ 41.

Изъ всего сказаннаго ясно, что относительно всѣхъ частей и опредѣленій права вообще можно поставить и различить слѣдующіе вопросы.

Какія цѣли или какіе интересы положены въ основаніе этихъ частей и опредѣленій и насколько они имъ соотвѣтствуютъ?

Насколько названныя явленія права справедливы, т. е. насколько они соотвѣтствуютъ природѣ отношеній, составляющихъ ихъ предметъ, и тому, что мы въ фактическомъ и этическомъ смыслѣ считаемъ истиной?

Мы, однако, не будемъ разсматривать право все время съ этихъ двухъ точекъ зрѣнія. Наоборотъ, мы постараемся указать только тѣ интересы, которые имѣютъ особое значеніе для образованія отдѣльныхъ частей права. Послѣ того какъ выше уже было опредѣлено въ общихъ чертахъ отношеніе между утилитарной и этической точкой зрѣнія, не требуется болѣе возвращаться къ данному вопросу въ отдѣльности.

Что же касается отношенія цѣлесообразности и справедливости другъ къ другу и къ праву, то умѣстно, кромѣ изложеннаго, различить еще слѣдующія воззрѣнія:

1. Воззрѣніе, *отожествляющее* оба понятія. Точнѣе—справедливое при этомъ взглядѣ на предметъ, разсматривается какъ полезное для общества, и содержаніе права со всѣми своими важными свойствами безъ остатка подводится подъ это понятіе—полезно-справедливаго.

Въ данномъ случаѣ не удѣляется должнаго вниманія различію и самостоятельности значенія отношеній, въ которыхъ находится право, съ одной стороны къ своему субъекту (§ 43), съ другой стороны къ своему объекту (§ 27 и сл.), а также, что въ данномъ случаѣ находится въ связи и съ тѣмъ и съ другимъ упускаются изъ вида факторы, участвующіе въ жизни права. Та, часть общества, которая при помощи права оказываетъ давленіе на другую, далеко не объединяется съ нею. Для подчиняющихся естественно поставить вопросъ, почему они въ данномъ случаѣ пребываютъ подъ чужимъ вліяніемъ и въ какомъ отношеніи это вліяніе находится къ живой въ болѣе развитыхъ людяхъ потребности, не служить только средствомъ для чужихъ цѣлей и не подчиняться мѣрилу, чуждому ихъ собственному существу и не находящему санкціи въ ихъ сознаніи. Эта, однако, точка зрѣнія пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе по отношенію къ цѣлямъ господствующей въ обществѣ воли, потому что то, что, отвѣчаетъ этимъ цѣлямъ, еще отнюдь не находится неизбѣжно во всесторонней съ ними гармоніи (§ 37 и сл.) и потому что народныя группы, которыя не сумѣютъ противостать господствующимъ факторамъ, постоянно подвергаются опасности спуститься до степени простаго орудія чужихъ цѣлей. Сообразно этому, въ исторіи юридическихъ институтовъ обсужденія вопросовъ, что цѣлесообразно и что должно считаться справедливымъ, идутъ рука объ руку или слѣдуютъ другъ за другомъ, какъ, напр., относительно института рабства справедливость его подверглась сомнѣнію раньше, чѣмъ цѣлесообразность. Выясненіе указанныхъ вопросовъ по необходимости должно не упускать изъ вида различія дѣйствующихъ въ такихъ случаяхъ психическихъ факторовъ. Такъ, въ настоящее время относительно вопроса, должно ли государство возмѣщать матеріальный вредъ невинно осужденнымъ, можно легко различить отвѣтъ чувства справедливости, говорящаго „да", отъ отвѣта соображеній цѣлесообразности, представляемой государственными людьми, и по большей части отвѣчающихъ „нѣтъ".

Вліяніе общества на развитіе тѣхъ представленій и ощущеній, которыя отмѣчаются словомъ справедливость, столько же мало можетъ быть отрицаемо какъ и связь этого вліянія съ цѣлями общества. Но послѣднее не есть столь единое существо, какъ это думаютъ нѣкоторые, и его силы часто получаютъ значеніе съ противоположныхъ точекъ зрѣнія, въ борьбѣ другъ съ другомъ.

2. Слѣдующимъ является взглядъ, согласно которому не существуетъ

связи между справедливостью и цѣлесообразностью; совпаденіе же ихъ признаковъ является случайнымъ.

Этотъ взглядъ въ свою очередь получаетъ выраженіе въ двоякомъ видѣ:

a) Одними изъ представителей его или все право односторонне разсматривается со стороны цѣлесообразности, причемъ устраняется точка зрѣнія справедливости совершенно, или, наоборотъ, его берутъ исключительно съ точки зрѣнія справедливости, съ устраненіемъ разсмотрѣнія стороны утилитарной.

b) Противуположный изложенному взглядъ признаетъ въ содержаніи права внѣшнее сочетаніе обоихъ признаковъ, въ томъ видѣ, что извѣстныя части права обязательно подчиняются началамъ цѣлесообразности, другія же—справедливости, какъ напр. имущественное право соотвѣтствуетъ первой рубрикѣ, уголовное—второй, или такимъ образомъ, что элементы отдѣльныхъ учрежденій, правовыхъ положеній и рѣшеній, повсюду должны отвѣчать и цѣлесообразности и справедливости. Такъ, двухгодичное заключеніе въ исправительномъ домѣ, которое кто-нибудь долженъ былъ бы отбыть за кражу, нужно было бы на $^2/_3$ поставить на счетъ цѣлесообразности и $^1/_3$ на счетъ справедливости. Подобное положеніе можно сравнить съ тѣмъ, если бы при разрѣшеніи премированныхъ задачъ, онѣ разсматривались на половину съ точки зрѣнія выясненія истины и на половину съ точки зрѣнія цѣлесообразности. Или, если порицаніе лѣнивому ребенку, основывать на $^2/_3$ на (воспитательной) цѣли и на $^1/_3$ на истинности и справедливости порицанія, такъ какъ всякое порицаніе желаетъ быть вполнѣ цѣлесообразно, но можетъ вполнѣ достичь этого только въ случаѣ полнаго соотвѣтствія истины и справедливости.

Merkel „Ueber vergeltende Gerechtigkeit" (Anhang zu seinen „Kriminalistischen Abhandlungen", I. 67—Sammlung S. 1), Elemente § 13 (Geschichte der Anschauungen vom Gerechten), 14 (Begriff des Gerechten), Lehrbuch § 69 f. (die Strafe als gerechte Vergeltung). Besprechung des Lehrbuchs des d. Strafrechts von H. Meyer (Sammlung S. 361). G. Ruemelin, Ueber die Idee der Gerechtigkeit in „Reden und Aufsätze" n. F. 81. H. Meyer, die Gerechtigkeit im Strafrecht 81. Schmoller, Die Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft, in seinem Jahrb. f. Gesetzgebung oct. 81. Jellinek, die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 78 Ihering, Zweck im Recht I, 234. Laas, Vergeltnng und Zurechnung in der Vierteljahrsschrift für wissenschaftl. Philosophie von Avenarius V, 137, 296, 448; VI, 187, 295.

2. Право какъ сила.

§ 42.

Положенія права суть *проявленія воли*, въ этомъ видѣ желающей руководить нашими дѣйствіями даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда она сама по себѣ не господствуетъ надъ нашимъ мышленіемъ: «stat pro ratione voluntas».

О волевой природѣ права (и причинахъ ложнаго воззрѣнія, что нѣкоторымъ частямъ права недостаетъ „императивнаго элемента"). См. Elemente § 4 Lehrbuch S. 18 ff. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 1 ff. Bierling, Kritik II, 305 ff.

§ 43.

Въ подобныхъ правовыхъ положеніяхъ выражается воля, въ обществѣ являющаяся силой и сообщающая членамъ общественнаго союза мотивы соотвѣтственнаго поведенія даже на тѣ случаи, когда содер-

жаніе даваемыхъ правомъ приказаній не отвѣчаетъ индивидуальнымъ интересамъ подчиняющихся.

Кто говоритъ съ нами въ положеніяхъ права? Кто, другими словами, является субъектомъ правовыхъ велѣній?

1. Нѣкоторая воля. Только она можетъ повелѣвать и разрѣшать, связывать и обезпечивать.

2. Воля, не тождественная съ волею того, къ кому обращено повелѣніе и разрѣшеніе, произволу котораго поставлена граница или интересу обѣщана защита. Моя личная воля не можетъ надѣлить меня правомочіями или правами по отношенію къ другимъ или мои обязанности по отношенію къ нимъ сдѣлать обязанностями правовыми.

3. Воля, которая располагаетъ нравственными и матеріальными средствами принужденія, получающими въ дальнѣйшемъ свое опредѣленіе; воля, велѣнія которой тѣмъ, къ кому они обращаются, даютъ мотивы для соотвѣтствующаго поведенія, независимо отъ того, совпадаетъ ли содержаніе велѣній съ личными интересами подчиняющагося.

Въ остальномъ, эта воля можетъ опредѣляться различно; настолько же различно, какъ и условія, при которыхъ возможна указаннаго рода дѣятельность. Субъекту права нельзя дать другого общаго опредѣленія, кромѣ того, что это есть особая воля, проявляющая дѣятельность въ области общественной жизни и обладающая признаками, упомянутыми какъ въ настоящемъ отдѣлѣ, такъ и въ соотвѣтствующемъ отдѣлѣ 2 главы.

Подобной волей можетъ быть въ данномъ обществѣ воля отдѣльнаго лица, напр. въ неограниченной монархіи воля монарха; или воля значительнаго количества лицъ, высказавшихся въ опредѣленной формѣ въ качествѣ какой-либо коллегіи или корпораціи или вообще въ качествѣ совокупности полноправныхъ гражданъ, наконецъ, то-же значеніе можетъ получить воля неопредѣленнаго большинства, которая безъ соблюденія установленной формы всетаки получаетъ силу, принуждающую отдѣльное лицо къ извѣстному поведенію, напр. къ соблюденію требованій нравовъ и обычнаго права (§ 112 и сл.).

О свойствѣ силы права, ея элементахъ и ея развитіи сравни Elemente § 7. Merkel, Recht und Macht 1. c., v. Ihering, der Zweck im Recht I, Kap. 7 и 8, II, Kap. 9. Thon, der Rechtsbegriff, in Gruenhuts Zeitschr. 80.

§ 44.

Право является силой въ двоякомъ смыслѣ: въ смыслѣ предоставляемой имъ защиты съ одной стороны и велѣнія—съ другой. Въ первомъ случаѣ оно даетъ основаніе правомочію, въ другомъ—возлагаетъ обязанности; одному даетъ силу, другого связываетъ. Такъ, въ отношеніи вѣрителя и должника оно усиливаетъ перваго и связываетъ послѣдняго; въ отношеніи правительства и преступника оно даетъ силу первому и связываетъ послѣдняго. Оно предоставляетъ государю командованіе арміею и связываетъ армію по отношенію къ его приказу.

§ 45.

Право проявляетъ непосредственную дѣятельность въ обоихъ направленіяхъ. Но особая природа ею осязательнѣе всего сказывается въ велѣніи. Только по отношенію къ тѣмъ, на кого оно возлагаетъ обязанности, отъ него исходитъ *принужденіе*.

Нѣкоторые утверждали, что право повсюду непосредственно проявляетъ свое вліяніе только въ велѣніяхъ и слѣдовательно только въ отношеніи тѣхъ,

на кого оно возлагаетъ обязанности, а не тѣхъ, кому оно предоставляетъ правомочія. Въ этомъ кроется заблужденіе. Часто, право вліяетъ непосредственнымъ образомъ и одновременно въ обоихъ направленіяхъ: оно воздѣйствуетъ и на того, за кѣмъ признаетъ правомочія, и на того, на кого возлагаетъ обязанности. Первый случай рельефнѣе всего выступаетъ при тѣхъ условіяхъ, когда кто-либо облекается опредѣленной властью или призывается къ дѣятельности, къ которой онъ бы не обратился, если бы право не открывало ему къ тому дороги и не побуждало бы слѣдовать по ней. Какъ иначе объяснить власть, которою имперское право предоставляетъ германскому императору, или права нѣмцевъ мужескаго пола относительно выборовъ въ рейхстагѣ и т. п. Право въ указанныхъ случаяхъ даетъ опредѣленныя основанія для опредѣленнаго поведенія, не обязывая и не понуждая къ нему.

Merkel, Rechtsnorm und subjektives Recht (s. zu § 21), Elemente § 4. Z. 5.

§ 46.

Исходящее отъ права принужденіе вообще двоякаго рода:

Изъ его велѣній именно слѣдуетъ вообще:

1) Обязательность, вытекающая изъ нравственныхъ побужденій повинующагося (этическая сила права; § 47 и сл.);

2) Обязательность, основанная на сознанной разсудкомъ необходимости повиновенія (матеріальная сила § 50 и сл.).

§ 47.

Къ 1. Право, въ силу присущихъ ему свойствъ (§ 24 и сл.), находитъ опору въ совѣсти тѣхъ, къ кому оно обращается, повелѣвая и ограничивая. Совѣсть усыновляетъ велѣнія права, придавая имъ такимъ образомъ нравственную санкцію, содѣйствуетъ добровольному повиновенію.

Мы вообще добровольно исполняемъ велѣнія права даже и тамъ, гдѣ наши эгоистическіе интересы требуютъ сами по себѣ противоположнаго поведенія. Происходитъ это потому, что право, требуя отъ насъ повиновенія, находитъ себѣ поддержку въ нравственныхъ факторахъ нашей природы. Однако, подобное явленіе возможно только до тѣхъ поръ, пока право со своей стороны по всему характеру своей дѣятельности продолжаетъ находиться въ согласіи съ нашей нравственной природой. Слѣдовательно, оно зависитъ отъ проявленій послѣдней. Впрочемъ, указанная зависимость взаимна и притомъ постольку, поскольку нравственныя чувства и сужденія каждаго новаго поколѣнія развиваются подъ вліяніемъ исконнаго права. Сравни, впрочемъ, § 49 прим.

§ 48.

Право встрѣчаетъ вышеназванную поддержку также и относительно такихъ предписаній, которыя въ частныхъ случаяхъ поражаютъ наши нравственныя чувства (§ 37 и сл.), но только до тѣхъ поръ, пока общій характеръ его дѣятельности находится въ согласіи съ господствующими въ массѣ нравственными сужденіями и чувствами, т. е. пока оно право (§ 24 и сл.).

§ 49.

На указанномъ согласіи права съ нравственными факторами основывается *этическая сила* или что тоже самое: «сила обязательности» правовыхъ предписаній.

Предписанія права могутъ проявлять обязательную, т. е. нравственно связывающую силу, только постольку, поскольку у нихъ предполагаются и за ними признаются извѣстныя свойства, привлекающія наше чувство уваженія и побуждающія къ дѣятельности въ ихъ пользу нравственныя силы нашей природы.

О свойствахъ, которыя здѣсь должны быть приняты во вниманіе, говорилось выше и одновременно было указано, что для различныхъ народовъ, какъ и для различныхъ индивидовъ и также для тѣхъ же народовъ и индивидовъ ихъ на различныхъ ступеняхъ развитія, свойство это имѣетъ далеко не одинаковое значеніе (§ 32 прим.). Къ этому надо присовокупить, что и одинаковые моменты, проявляющіе свое дѣйствіе у различныхъ народовъ и т. п., въ сознаніе участвующихъ въ образованіи права могутъ отразиться различно. Поэтому отчетъ, который давали себѣ народы и отдѣльныя лица объ основаніи и предположеніяхъ обязательной силы правовыхъ нормъ, въ итогѣ далеко не одинаковъ.

Въ младенчествѣ народовъ нравственное принужденіе, которому подпадаетъ человѣкъ по отношенію къ извѣстнымъ нормамъ (обязательная сила этихъ нормъ), зависитъ вообще отъ того, что онѣ исходятъ отъ опредѣленныхъ *субъектовъ* или представляются исходящими отъ таковыхъ. Въ предписаніи усматриваютъ проявленіе воли божества или призванныхъ къ тому органовъ и толкователей божественной воли: жрецовъ, властителя, ставленника божественной воли, или предка, являющагося предметомъ почитанія, и изъ такого источника выводятъ причину обязательности самыхъ нормъ. Уваженіе, которое внушаетъ божество и его представители переносится и на дѣйствительно или предположительно отъ нихъ исходящія правовыя положенія. Индивидъ въ разсматриваемомъ періодѣ не легко находитъ въ себѣ силу и побужденіе подвергнуть изслѣдованію по собственному усмотрѣнію фактическую и нравственную истинность (§ 30 и сл.) того, что притязаетъ на значеніе права, обычая, религіи и т. п. Подобно тому, какъ дѣти обязательную силу предписанія выводятъ изъ воли родителей, ставя между велѣніемъ и объективной его оцѣнкой авторитетъ опредѣленной личности, такъ и младенческіе народы, на вопросъ о причинѣ обязательности той или другой нормы, могутъ отвѣтить только ссылкою на какой-либо авторитетъ. Для нихъ въ данномъ случаѣ не существуетъ болѣе сильнаго основанія, какъ то, которое привелъ индѣйскій вождь противъ принятія христіанской религіи: „было бы смѣшно и постыдно, если бы я пожелалъ иначе вѣровать и иначе дѣйствовать, чѣмъ мои предки".

У народовъ, уже обладающихъ духомъ изслѣдованія и критики, дѣло обстоитъ менѣе просто. Указаніе на опредѣленнаго субъекта, отъ котораго исходили бы предписанія права, не разрѣшаетъ еще вопроса объ ихъ обязательности и источникахъ обязательности таковыхъ нормъ вообще. *Содержаніе* подобныхъ предписаній подвергается изслѣдованію, при чемъ изслѣдователь приходитъ къ убѣжденію, что цѣнность, на которую притязаютъ обязательныя предписанія, должна находить себѣ какимъ-либо образомъ основаніе въ самомъ своемъ содержаніи, и въ обратную сторону, содержаніе нормы, противорѣчащее истинѣ, не можетъ стать хорошимъ и мудрымъ только оттого, что оно исходитъ отъ опредѣленнаго субъекта. При этомъ сознательно или безсознательно создается представленіе о собственномъ чувствѣ и сужденіи, какъ о высшей инстанціи, въ области отвлеченныхъ умозаключеній. Представленія же эти, касаясь оцѣнки правовыхъ нормъ и рѣшающихъ ихъ реальныхъ признаковъ, сгущаются въ теоріи „естественнаго" права, противупоставленнаго дѣйствующему „положительному"; въ естественномъ правѣ по сравненію съ положительнымъ получаетъ самостоятельное значеніе идея справедливости. Отсюда становится возможнымъ вопросъ, представляется ли все исходящее отъ авторитетовъ и предполагаемое *правомъ*—также и *справедливымъ*. Вслѣдствіе этого этическая сила права становится въ зависимость отъ имѣющихся въ народномъ сознаніи

сужденій относительно фактической и нравственной стороны регулированныхъ отношеній, съ которыми право должно находиться въ согласіи.

Все сказанное имѣетъ значеніе также и въ отношеніи тѣхъ авторитетовъ и высшихъ основаній права, которыя отвѣчаютъ на вопросъ, кто призванъ создавать новое право и преобразовывать старое. Здѣсь также, вначалѣ, преобладаетъ уже упомянутое отвлеченіе. Отъ авторитетовъ низшаго порядка восходятъ къ высшимъ. Затѣмъ, болѣе развитымъ культурнымъ условіямъ, наоборотъ, соотвѣтствуютъ попытки найти реальныя основанія силы упомянутыхъ верховныхъ началъ съ тѣмъ, чтобы эти начала привлекали бы наше чувство уваженія къ проявляющейся въ нихъ волѣ, независимо отъ имени подобной воли или заимствованія своего рѣшенія отъ какого бы то ни было высшаго авторитета.

Обязательную силу правовыхъ нормъ полагали возможнымъ вывести изъ *признанія* со стороны тѣхъ, для кого онѣ должны имѣть значеніе. Но здѣсь нужно различать слѣдующее:

Понятіе обязательной силы *содержитъ въ себѣ* моментъ признанія. „Это положеніе имѣетъ обязательную для меня силу“ значитъ то-же, что: „я признаю за нимъ свойства, которыя возвышаютъ его до руководящей нити моего поведенія“. Само собою разумѣется, что изъ этого признанія нельзя выводить обязательной силы велѣть также, какъ явленіе нельзя выводить изъ самого себя.

Отъ признанія въ указанномъ видѣ нужно отличать факты, обладающіе рѣшающимъ значеніемъ для того, чтобы норма, не имѣвшая до сихъ поръ обязательной для меня силы, пріобрѣла ее въ будущемъ. Къ подобнымъ фактамъ относятся выраженія воли тѣхъ, за которыми соотвѣтствующее правило признаетъ обязанность волеизъявленій, содержащихъ ясно выраженное или молчаливое согласіе на будущее время соблюдать опредѣленное правило или, если угодно, признавать его въ будущемъ руководящей нитью. Ср., что ниже говорится о возникновеніи правовыхъ положеній изъ договоровъ (§ 121, ср. § 129). Но эти выраженія воли не суть, во всякомъ случаѣ, единственные и важнѣйшіе факты этого рода. Кромѣ того, и они со своей стороны, обладая указаннымъ значеніемъ, всетаки предполагаютъ уже наличность положеній, имѣющихъ обязательную силу. Такъ, путемъ договора правило можетъ быть возвышено до обязательной правовой нормы только постольку, поскольку между заключающими договоръ имѣетъ уже значеніе (или, что то-же самое, обязательную силу) то положеніе, что договоры должны быть соблюдаемы. Если же мы спросимъ, откуда это положеніе получаетъ свою силу, то мы опять будемъ предоставлены вышеупомянутой альтернативѣ.

Сравни: Elemente § 8, Bierling. Kritik I.

§ 50.

Къ 2. Наряду съ этической право обладаетъ *силой матеріальной*.

Противъ отдѣльныхъ лицъ, не находящихъ въ себѣ достаточныхъ нравственныхъ или эгоистическихъ мотивовъ для поведенія, соотвѣтствующаго требованіемъ правовыхъ предписаній, право имѣетъ на готовѣ средства физической силы, съ помощью которой исполненіе его велѣній должно быть вынуждено, насколько это возможно.

§ 51.

Тамъ, гдѣ нарушеніе правовыхъ предписаній не можетъ быть вполнѣ предупреждено указаннымъ средствомъ, право обыкновенно соединяетъ съ нарушеніемъ своихъ велѣній такія послѣдствія, которыя приноровлены и предназначены къ устраненію или уменьшенію значенія правонарушенія для господства права и его цѣлей.

§ 52.

Подобныя послѣдствія наступаютъ въ томъ случаѣ, если исполнившій безъ помѣхи преступленіе воръ видитъ себя обязаннымъ и принужденнымъ возмѣстить убытки обкраденному и кромѣ того претерпѣть наказаніе.

§ 53.

Указанныя послѣдствія называются «*правовыми послѣдствіями*» совершеннаго правонарушенія.

Это суть проявленія силы права, обладающія характеромъ противодѣйствія дѣятельности, направляемой, въ образѣ правонарушеній, противъ него самого и тѣхъ, кто имъ охраняется; названное противодѣйствіе по содержанію противоположно правонарушительной дѣятельности, но по энергіи и значенію, насколько это достижимо, пропорціонально.

Спеціальнѣе объ этихъ правовыхъ послѣдствіяхъ см. §§ 274—310 и 239—243.

§ 54.

Право при постановкѣ своихъ велѣній обозначаетъ напередъ правовыя послѣдствія, сопряженныя съ нарушеніемъ правовыхъ предписаній.

Поэтому въ таковыхъ предписаніяхъ обыкновенно можно различить двѣ составныя части, изъ которыхъ одна указываетъ, какъ оставаться съ согласія съ правомъ, другая, какія послѣдствія должны быть сопряжены съ поведеніемъ противоположнымъ. Назовемъ первую «*первоначальнымъ*» или главнымъ «*опредѣленіемъ*», вторую «*послѣдующимъ*» или «побочнымъ опредѣленіемъ» или также «*санкціею*» первой.

Первоначальное велѣніе: Ты не долженъ красть. Послѣдующее велѣніе (второй степени): кто крадетъ, тотъ долженъ претерпѣть тюремное заключеніе и т. п.

Противоположность между обоего рода опредѣленіями не абсолютна. Второстепенныя послѣдующія велѣнія, въ свою очередь, могутъ опять имѣть санкціи по отношенію къ которымъ они являются первоначальными. Такъ, напр., велѣніе второй степени:—кто крадетъ, долженъ возмѣстить убытки обкраденному,—пріобрѣтаетъ свою санкцію въ опредѣленіяхъ наказаній, уклоняющимся обманнымъ или насильственнымъ образомъ отъ исполненія обязанности подобнаго возмѣщенія.

Принято было первоначальныя велѣнія въ противоположеніе велѣніямъ второй степени (или одной части послѣднихъ) называть „нормами". Эту номен-

клатуру, однако, нельзя рекомендовать, потому что понятіе, всюду связываемое со словомъ норма, обнимаетъ велѣнія обоихъ видовъ.

Сравни Merkel, Rechtsnorm und subjektives Recht. I c, Elemente § 5 Lehrbuch S. 171. Binding, Normen I. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.

§ 55.

Санкціи, напередъ опредѣляющія послѣдствія возможныхъ правонарушеній, усиливаютъ вообще мотивы для избѣжанія послѣднихъ и вліяютъ такимъ образомъ въ этомъ направленіи предупреждающе.

Именно, нравственное и чувственное, механическое и психическое принужденіе соединяются, предупреждая и уравнивая мѣропріятія въ пользу господства права и выполненія его цѣлей.

§ 56.

Тѣмъ не менѣе право не вездѣ и не во всѣхъ своихъ частяхъ обнаруживаетъ равную силу и его внѣшняя мощь не вездѣ имѣетъ одинаково совершенную организацію. Признаки, характеризующіе послѣднюю при ея высшемъ развитіи, подробнѣе указаны въ отдѣлахъ объ отношеніи права къ государству, (§ 64 и сл.) къ обычаю, нравственности и религіи (§ 79, сравни также § 115 и сл., 136 и сл.).

Въ указанномъ отношеніи, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ, можно различать болѣе совершенныя и менѣе совершенныя системы права, какъ въ цѣломъ, такъ и въ частяхъ. На подобныя различія въ развитіи свойственныхъ праву признаковъ еще придется неоднократно указывать. Особая же задача состоитъ въ томъ, чтобы выдѣлить эти различія, находящіяся въ предѣлахъ периферіи понятія права отъ таковыхъ же, присущихъ съ одной стороны праву, съ другой стороны—только обычаю и прочимъ этическимъ силамъ. Съ цѣлью разрѣшенія настоящей задачи, въ этомъ отдѣлѣ подъ III будутъ опредѣлены соотвѣтствующія различія.

Что касается спеціально внѣшней силы права, то для мѣры ея развитія прежде всего имѣетъ рѣшающее значеніе отношеніе права къ государству. Объ этомъ спеціальнѣе подъ II.

§ 57.

За отдѣльной нормой, поддерживаемой происхожденіемъ отъ господствующей въ общности воли и связью съ правовыми опредѣленіями, къ которымъ она принадлежитъ, нельзя отрицать характера велѣнія права, только потому, что у ней недостаетъ санкціи (велѣнія второй степени).

Между прочимъ, важнѣйшимъ опредѣленіямъ нѣмецкаго конституціоннаго права недостаетъ какой бы то ни было санкціи. Тѣмъ не менѣе, никто не сомнѣвается въ ихъ правовомъ характерѣ *). Для правового значенія указанныхъ нормъ само собою разумѣется безразлично, будетъ-ли данъ когда-либо поводъ для практическаго примѣненія къ этимъ нормамъ санкціи. При идеальномъ состояніи права таковой поводъ вездѣ отпалъ бы и вся матеріальная сила права отступила бы назадъ передъ его этической силой и признакъ понятія права тѣмъ самымъ (какъ то полагали нѣкоторые) все-таки не устранился-бы.

---

*) Къ таковымъ же нормамъ принадлежатъ нормы, опредѣляющія положеніе абсолютнаго монарха и его отношеніе къ подданнымъ. *Прим. ред.*

§ 58.

Сводя воедино все, что было сказано о правѣ, какъ о доктринѣ и какъ о силѣ, мы получили слѣдующее:

Право съ одной стороны является нѣкоторымъ цѣлымъ, составленнымъ изъ *сужденій* о томъ, что должно считать цѣлесообразнымъ и справедливымъ въ смыслѣ разграниченія отношеній общественной жизни. Право обнаруживаетъ въ указанномъ отношеніи теоретическій характеръ и показываетъ стремленіе осуществить по возможности совершенную гармонію между вышеупомянутыми сужденіями.

Право, съ другой стороны, является системою *проявленія воли и силы*, при чемъ оно не только стремится провозглашать истины и способствовать осуществленію отвлеченныхъ ученій, но кромѣ того ставитъ себѣ задачею опредѣленнымъ образомъ создать реальный общественный міръ; поэтому цѣли права равно какъ и происхожденіе его находятся не только въ теоретической, но и въ практической области.

Двойственность логической и реальной стороны права, знанія и воли, содержанія и повелительной формы выражается въ жизни и наукѣ права разнообразнѣйшимъ образомъ.

1. Факторы, участвующіе въ образованіи и примѣненіи права, часто находятся въ различныхъ отношеніяхъ къ указаннымъ сторонамъ. Въ то время, какъ одни изслѣдуютъ, свидѣтельствуютъ или авторитетнымъ образомъ устанавливаютъ то, что въ качествѣ содержанія права должно получить силу, другіе въ формѣ велѣній доводятъ до свѣдѣнія народа найденное, засвидѣтельствованное и установленное первыми, и такимъ образомъ способствуютъ его мощной дѣятельности. Исторіи права извѣстны особенности этого рода; особенности различной формы и значенія, какъ въ отношеніи образованія абстрактнаго права, такъ и въ отношеніи права конкретнаго, создаваемаго судейскими рѣшеніями.

Тѣмъ не менѣе, нельзя упускать изъ вида, что моментъ знанія въ данномъ случаѣ не всегда пользуется самостоятельнымъ значеніемъ и что установленіе содержанія создаваемаго права всегда одновременно содержитъ и моментъ воли и только въ силу этого послѣдняго получаетъ дѣйствительное значеніе. Тотъ, кому поручено установленіе содержанія права, является поэтому такимъ же органомъ господствующей воли, какъ тотъ, кому надлежитъ установленное первымъ облечь въ форму велѣнія и заботиться объ его практическомъ осуществленіи. Elemente § 12.

2. Въ наукѣ существуютъ весьма различныя воззрѣнія на соотношеніе отмѣченныхъ сторонъ права и на значеніе, которое должно быть придаваемо одной или другой его сторонѣ; можно при этомъ констатировать нѣкоторыя заблужденія, какъ въ смыслѣ недостаточнаго признанія важности логическаго момента въ образованіи права, такъ и въ смыслѣ таковаго признанія въ крайнемъ размѣрѣ. Недостаточное признаніе (ср. v. Kirchmann. Grundbegriffe) находится въ связи съ непризнаніемъ логическаго элемента въ воззрѣніяхъ на справедливое (§ 30 и сл.) и съ непризнаніемъ значенія этихъ воззрѣній для опредѣленія содержанія права и его обязательной силы. Гораздо чаще встрѣчаемое и въ научной области имѣетъ гораздо большее значеніе обратное воззрѣніе, придающее чрезмѣрное значеніе логическому моменту; послѣдній взглядъ зависитъ отчасти отъ отрицанія сущности, признаваемой ученіями перваго рода, „этической правды“ (исторической условности, субъективной природы, несовершеннаго единства и т. п.), отчасти отъ непризнанія сложности и измѣнчивости прочихъ факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ слагается проявляющаяся въ

правѣ воля; отчасти указанное явленіе изображаетъ игнорированіе противоположностей, существующихъ между факторами права, и исключающихъ возможность утраты правомъ когда-либо логически небезупречнаго характера компромисса (§ 40); между тѣмъ, этотъ компромиссъ характеризуетъ важнѣйшія части права, и право никогда не въ состояніи достигнуть замкнутаго единства логическаго цѣлаго, совокупно объемлющаго всѣ выводы изъ высшаго принципа. Ср. за и противъ приданія чрезмѣрнаго значенія логическому элементу Yhering, Geist III. S. 303 ff.

§ 59.

На это отношеніе, на первенство воли въ правѣ, указывается всякій разъ, когда рѣчь заходитъ о «положительности» или «положительной природѣ» права. Указаннымъ способомъ мы выражаемъ ту мысль, что опредѣленія права притязаютъ на дѣйствительность, какъ выраженія опредѣленной воли, независимо отъ того, согласуются-ли содержащіяся въ таковыхъ опредѣленіяхъ положенія въ отдѣльности съ нашими убѣжденіями; въ то-же время мы признаемъ, что подобное явленіе вполнѣ естественно, такъ какъ безъ дѣятельности упомянутой воли нельзя обойтись и она не можетъ быть приведена повсюду въ соотвѣтствіе съ правдою и справедливостью и съ существующими мнѣніями о должномъ.

II. Отношеніе права къ государству.

§ 60.

Право можетъ слагаться въ каждомъ общественномъ союзѣ, обладающемъ силою и органами и способномъ самостоятельнымъ образомъ упорядочить свои отношенія сообразно интересамъ, лежащимъ въ основахъ существованія союза. Но, собственно говоря, родина права находится въ *государствѣ*.

Сравни изложеніе о церковномъ и международномъ правѣ въ особенной части. Elemente § 2.

§ 61.

Какіе признаки характеризуютъ государство въ другихъ отношеніяхъ, будетъ изложено въ особенной части. Важнѣйшая же задача, подлежащая разрѣшенію государства, заключается въ томъ, чтобы въ предѣлахъ сферы своего господства озаботиться осуществленіемъ правоваго порядка и должности верховнаго судьи.

§ 62.

Опредѣляется-же указанная сфера господства государства отношеніемъ его къ опредѣленному *народу*—совокупности принадлежащихъ къ нему лицъ,—и отношеніемъ его къ опредѣленной *области*. Какъ современный народъ, такъ и современное государство совокупно съ поддерживаемымъ имъ порядкомъ находится въ неизмѣнной связи съ опредѣленной страной.

§ 63.

Что находится въ предѣлахъ властвованія государства, то подчинено поддерживаемому имъ правовому порядку: въ этомъ—принципъ *територіальности*.

Со своими подданными государство связано въ то-же время личною связью, существованіе и значеніе которой не зависитъ отъ того, гдѣ-бы ни находилось отдѣльное лицо: принципъ личнаго начала.

Господство государства надъ своими подданными не устраняется пребываніемъ ихъ заграницей. Потому является неправильнымъ сужденіе, согласно которому принципъ територіальности, какъ это иногда бываетъ, считается единственно рѣшающимъ моментомъ при разграниченіи сферъ правовой власти государствъ. Однако, господство каждаго отдѣльнаго государства надъ своими подданными заграницею претерпѣваетъ видоизмѣненія въ томъ смыслѣ, что лица эти въ силу принципа територіальности находятся въ то-же время подъ господствомъ и того государства, въ которомъ они имѣютъ свое мѣстопребываніе. Сравни § 326 и сл. и § 427 и сл.

§ 64.

Вышеупомянутая задача, — забота объ установленіи правоваго порядка и должности верховнаго судьи въ предѣлахъ сферы своего господства можетъ быть разрѣшена государствомъ,—потому, что оно обладаетъ высшей властью въ соотвѣтствующихъ границахъ, но конечно по стольку, по скольку этой властью оно дѣйствительно обладаетъ.

§ 65.

Средствомъ разрѣшенія указанной задачи служитъ ядро государственныхъ учрежденій, ядро, представляющее собою организацію для цѣлей дальнѣйшаго упорядоченнаго развитія, примѣненія и принудительнаго осуществленія правовыхъ нормъ.

§ 66.

Право, создаваемое другими общественными союзами (напр. церковью) для собственныхъ надобностей, насколько оно вторгается въ область государственнаго господства, зависитъ отъ права и власти государства, какъ въ отношеніи обозначенія своихъ границъ, такъ и въ отношеніи своего принудительнаго осуществленія.

§ 67.

Частямъ государства (областямъ, общинамъ) и находящимся подъ его господствомъ союзамъ (семьямъ высшаго дворянства) можетъ быть предоставлено право установлять для извѣстныхъ отношеній правовыя положенія, соблюденіе которыхъ обезпечивается государствомъ. Въ такихъ случаяхъ говорятъ объ «автономіи» соотвѣтствующихъ союзовъ.

Въ области гражданскаго права (§ 15) такія автономныя положенія обладаютъ ограниченнымъ значеніемъ въ противоположность порядку, существовавшему въ Германіи въ средніе вѣка.

III. Отношеніе права къ нравственности, религіи и обычаю.

§ 68.

Урегулированныя правомъ отношенія подлежатъ вліянію еще другихъ силъ, родственныхъ по происхожденію съ правомъ.

Сюда относятся нравственность, религія и обычай, которые можно объединить съ правомъ какъ «этическія силы».

Yhering, Zweck im Recht. Gierke, Deutsches Privatrecht I 95. S. 112 ff, какъ и литерат. къ § 21.

§ 69.

Названныя силы находятся между собою въ нѣкоторомъ взаимодѣйствіи; въ то же время онѣ пополняютъ другъ друга въ созданіи условій для мирной совмѣстной жизни.

Въ особенной зависимости находится право по отношенію къ господствующимъ нравственнымъ убѣжденіямъ и чувствамъ, именно въ смыслѣ обязательной силы своихъ предписаній (§ 49).

§ 70.

Если мы, оставляя въ сторонѣ указанную связь, зададимся вопросомъ, что отличаетъ право отъ его этическихъ родственниковъ, то мы должны будемъ провести параллель между

1) содержаніемъ права,

2) формами его проявленія и осуществленія, и содержаніемъ и формами нравственности и т. д.

При этомъ вопросъ приходится разрѣшать, принимая во вниманіе бытъ современныхъ культурныхъ народовъ, въ жизни которыхъ мы находимъ результатъ многовѣковаго процесса развитія и раздѣленія элементовъ первоначально единой духовной силы (см. §. 125 и сл.).

§ 71.

Что касается *содержанія* дѣятельности, то для права по отношенію къ вышеупомянутымъ другимъ силамъ достойны замѣчанія:

Прежде всего двухсторонность, въ силу которой право повсюду является съ одной стороны ограниченіемъ, съ другой стороны охраной, съ одной стороны налагаетъ обязанности, съ другой соотвѣтствующія правомочія и права (§§ 16, 146 и сл.); затѣмъ то обстоятельство, что эти обязанности являются второстепенными и соразмѣряются съ интересами, кроющимися въ правомочіяхъ. (§§ 6, 17, 25).

§ 72.

Правила религіи и нравственности вообще односторонни; они повелѣваютъ и ограничиваютъ, но ихъ велѣнія и ограниченія являются не только слѣдствіемъ обезпеченія, предоставленнаго третьему лицу. Ихъ

основное понятіе есть обязанность и ими создаваемыя обязанности не представляются только тѣнями правомочій.

§ 73.

Если напр. религія и нравственность повелѣваютъ: «Люби ближняго», то онѣ не говорятъ послѣднему: «Ты имѣешь право на эту любовь». Онѣ обращаются только къ *одной* сторонѣ, къ той, для которой устанавливаютъ обязанность. Точно также велѣнію подставить лѣвую щеку, при нанесеніи удара по правой, вовсе не соотвѣтствуетъ какое либо обезпеченіе въ пользу нанесшаго ударъ. «Ты долженъ» не есть здѣсь оборотная сторона обращеннаго къ другому разрѣшенія: «ты смѣешь», «я даю тебѣ власть для такого-то дѣйствія».

Если-же, напротивъ, право приказываетъ должнику: «Уплати долгъ», то это совершается въ виду права вѣрителя по полученіи долга и только ради интересовъ, прямо или косвенно защищенныхъ этимъ правомъ. Обращенный къ должнику приказъ есть только обратная сторона предоставленнаго вѣрителю права (обезпеченія).

§ 74.

Право говоритъ: уважайте пограничные знаки, которые мною поставлены между вами для того, чтобы между вами былъ-бы миръ и каждый могъ-бы пользоваться отмежеванной ему властью и свободой.

Нравственность говоритъ: будьте честными, милосердными и вѣрными, явитесь добрыми и достойными уваженія. Требованія нравственности стремятся къ соглашенію поведенія воли личности съ опредѣленнымъ идеаломъ, относительно котораго свобода и власть имѣютъ значеніе условій.

Для оцѣнки нравственнаго поведенія и вызываемаго имъ чувства уваженія, въ томъ видѣ какъ они признаются въ современномъ культурномъ мірѣ, рѣшающимъ моментомъ является не отношеніе конкретнаго дѣйствія къ интересамъ третьихъ лицъ или народа или всего человѣческаго общества вообще, но отношеніе даннаго дѣйствія къ опредѣленному образу мыслей. Милосердіе, напр., вызываетъ наше уваженіе, поскольку оно намъ кажется выраженіемъ гуманнаго образа мыслей; наше чувство уваженія исчезаетъ, если предположеніе о существованіи такого образа мыслей окажется шаткимъ. Нашъ нравственный интересъ здѣсь направляется за предѣлы отдѣльнаго дѣянія къ его источнику, лежащему въ основѣ личности и являющемуся чѣмъ-то постояннымъ, и его удовлетвореніе зависитъ отъ свойствъ послѣдняго. Юридическій интересъ, напротивъ, постоянно взвѣшиваетъ то, какое значеніе имѣетъ каждое отдѣльное дѣяніе для другихъ.

Таково фактическое положеніе вещей, далѣе характеристики котораго здѣсь идти не должно. Этикѣ или соціологіи надлежитъ изслѣдовать, при какихъ условіяхъ въ исторіи развитія духовной жизни образуется подобное явленіе. Въ этомъ направленіи, впрочемъ, уже много сдѣлано. Что объ этомъ можно говорить, имѣетъ свое основаніе въ томъ, что наука въ указанной сферѣ только очень постепенно пришла или даже еще приходитъ къ рѣшенію прежде всего ознакомиться съ дѣйствительностью и не замѣнять надлежащаго изслѣдованія того, что есть, теоріями о томъ, что *должно было бы быть.*

§ 75.

Въ связи съ указанною противоположностью находятся различія въ разграниченіи обязанностей, возлагаемыхъ силами права, морали, религіи и нравовъ.

§ 76.

Возлагаемыя правомъ обязанности соразмѣряются съ интересами тѣхъ третьихъ лицъ, ради которыхъ онѣ устанавливаются. Поэтому что не затрагиваетъ указанныхъ интересовъ или ихъ заключающихъ въ себѣ правомочій, то лежитъ внѣ правовыхъ обязанностей и не можетъ установить въ смыслѣ права ни проступка, ни еще менѣе заслуги.

Такимъ образомъ для разрѣшенія вопроса, выполнилъ-ли должникъ свою правовую обязанность, его внутреннее поведеніе съ точки зрѣнія права безразлично, такъ какъ этимъ внутреннимъ состояніемъ онъ ни удовлетворяетъ, ни нарушаетъ интересовъ и притязаній вѣрителя. Если онъ своевременно уплатилъ свой долгъ, то онъ свободенъ отъ своей обязанности, независимо оттого, въ силу какихъ побужденій онъ дѣйствовалъ, даже еслибы въ душѣ онъ, можетъ быть, желалъ уклониться отъ своей обязанности. Съ другой стороны всякое благое намѣреніе, ничѣмъ не отразившееся во внѣ, съ разсматриваемой точки зрѣнія представляетъ собою абсолютное ничто.

§ 77.

Напротивъ, обязанности, налагаемыя нравственностью и религіею, включаютъ въ себѣ требованіе опредѣленнаго внутренняго поведенія со стороны къ тому обязаннаго; поэтому и оцѣнка его дѣйствія происходитъ въ непосредственной зависимости отъ благихъ намѣреній совершающаго извѣстный актъ, а не по сравненію со значеніемъ его для третьихъ лицъ.

Такъ, уплата должникомъ своего долга передъ судомъ нравственности или религіи имѣетъ болѣе высокую цѣнность въ томъ случаѣ, когда она вызвана чувствомъ обязанности, чѣмъ тогда, когда она послѣдовала изъ боязни принудительныхъ мѣръ; поэтому злое намѣреніе должника уклониться отъ своего обязательства имѣетъ для нравственности и религіи самостоятельное значеніе уже ранѣе попытки уклоненія и независимо отъ нея.

§ 78.

Между нормами права и нормами нравовъ или обыкновенія въ указанныхъ отношеніяхъ существуетъ меньшая разница. Но всетаки и у нихъ также, посколько они не возвышаются до правовыхъ предписаній (§ 112 и сл.), вообще преобладаетъ ограничивающій элементъ и для нихъ рѣзкій отпечатокъ той двухсторонности, постоянное противопоставленіе долженствованія, разрѣшенія, обязанностей и правомочій не характеристично въ той мѣрѣ, какъ для правовыхъ предписаній.

Подумаемъ о требованіяхъ, предъявляемыхъ нравами къ отдѣльному лицу относительно его появленія въ обществѣ (касательно одежды, чистоты

и т. д.) и относительно формъ общественнаго обихода. Велѣніе: „Ты долженъ сообразоваться съ этими требованіями", здѣсь также противопоставляется обращенію къ другимъ: „Вамъ разрѣшается требовать исполненія этихъ требованій", но центръ тяжести здѣсь находится въ долженствованіи, а не въ разрѣшеніи. Ср., впрочемъ, отношенія нравовъ и обыкновенія къ праву § 125 и слѣд.

§ 79.

2. Относительно *формъ*, въ которыхъ содержаніе права проявляется и дѣйствуетъ, сравнительно съ вышеуказанными прочими силами, характеристичны: установленная форма участія опредѣленныхъ органовъ общества въ созданіи и приведеніи въ дѣйствіе вышеупомянутаго содержанія права; при болѣе развитой правовой жизни: существованіе опредѣленныхъ органовъ для установленія правовыхъ положеній, для примѣненія ихъ судьею и для приведенія въ дѣйствіе принужденія, являющагося необходимымъ для сохраненія господства права и достиженія его цѣлей (§ 64, 102—121).

§ 80.

Съ особенностью содержанія и формъ находится въ связи рѣзко выраженная положительность права (§ 59).

Также и за нормами прочихъ общественно-этическихъ силъ можно признать нѣкоторую положительность, но зависимость этихъ послѣднихъ отъ сознательныхъ проявленій человѣческой воли, дѣйствующей въ качествѣ рѣшающаго принципа и при томъ опирающагося на внѣшнюю силу, не одинакова.

Особенныя свойства права по отношенію къ другимъ этическимъ силамъ равно, какъ и къ прочимъ элементамъ общественной жизни, рѣдко получаютъ точныя опредѣленія. Главныя заблужденія на этотъ счетъ сводятся къ слѣдующему.

1. Утверждаютъ, будто право регулируетъ внѣшнюю совмѣстную жизнь людей, между тѣмъ, какъ внутренняя подчинена другимъ вышеупомянутымъ этическимъ силамъ. Первая часть положенія вѣрна, но во второй забываютъ, что обычай также и при томъ едва-ли не исключительно имѣетъ предметомъ внѣшнюю сторону нашего существованія. Представимъ себѣ хотя бы правила и формы общественнаго обихода, опредѣляемаго нравами. Мало того, самыя нормы нравственности съ своей стороны также простираютъ свое дѣйствіе на внѣшнюю сторону совмѣстной жизни и здѣсь по большей части совпадаютъ съ велѣніями права, придавая при этомъ праву особенную силу (§ 48 и сл.). Нормы нравственности точно также требуютъ выполненія правовыхъ обязательствъ, несовершенія преступленій, повиновенія закономѣрной власти.

2. Полагаютъ, что право отличается отъ прочихъ этическихъ силъ свойствомъ внѣшней силы (Cohn. „Grundlegung der Nationaloekonomie", 85). Но вѣдь и нравы очень часто также получаютъ значеніе внѣшней силы, отъ которой нерѣдко исходитъ непреодолимое принужденіе къ соблюденію опредѣленнаго порядка. Нарушенія требованія нравовъ караются обществомъ, напр., исключеніемъ виновнаго изъ опредѣленныхъ круговъ или союзовъ, т. е. при помощи внѣшнихъ невыгодъ. Даже въ велѣніяхъ господствующей религіи и нравственности можно зачастую констатировать наличность подобнаго элемента силы. Различіе заключается не въ присутствіи, а въ организаціи указаннаго элемента.

3. Говорятъ, что право достаточно характеризуется въ качествѣ общаго убѣжденія членовъ даннаго общественнаго союза. Однако, съ одной стороны, су-

ществуютъ общія убѣжденія, хотя и имѣющія въ виду дѣятельность, но нисколько не затрагивающія права. Такъ, получающія свое выраженіе въ правахъ господствующей нравственности и религіи—общія убѣжденія могутъ касаться потребности въ пріобрѣтеніи колоній, необходимости войны и т. п. Съ другой стороны, содержаніе права далеко не всегда соотвѣтствуетъ общимъ убѣжденіямъ. Зачастую оно скорѣе содержитъ признаки компромисса между борющимися убѣжденіями. Часто также право соотвѣтствуетъ только убѣжденію большинства или даже однихъ правящихъ классовъ. Для права важно только то, что относительно своего высшаго императива („повинуйся моимъ предписаніямъ") оно находится въ соотвѣтствіи съ господствующими убѣжденіями и поддерживается нравственными факторами. Вотъ въ чемъ заключается важнѣйшій его признакъ общаго характера.

4. Существуетъ мнѣніе, будто право достаточно характеризуется въ качествѣ „общей воли" или „воли народа", или, наконецъ, „воли государства". Независимо отъ того, что выражающаяся въ правѣ воля ни однимъ изъ этихъ выраженій не охватывается вполнѣ (ср. § 43), можно каждой изъ поименованныхъ воль приписать проявленія, которыя, очевидно, не имѣютъ никакого отношенія къ праву. Такъ, воля государства по отношенію къ прочимъ державамъ, между прочимъ, выражается въ мирѣ и войнѣ; однако, его враждебную или дружескую волю въ этомъ направленіи нельзя назвать правомъ. Если, далѣе, воля государства проявляется въ разработкѣ рудниковъ или изготовленіи и продажѣ сигаръ, то такіе акты, безъ сомнѣнія, имѣютъ значеніе для объективнаго права. Но легко убѣдиться, что цѣнность и значеніе подобныхъ актовъ воли не поглощается тѣмъ, что въ нихъ кроется правового. Права нельзя опредѣлить, оставивъ на сторонѣ служащія указанныя ранѣе функціи. Если въ опредѣленіи права оставить моментъ воли, то можно только сказать: право есть воля, выражающаяся въ упомянутыхъ функціяхъ.

5. Право отличается отъ тѣхъ другихъ силъ формою законодательства. Объ этомъ ср. 3 Отдѣлъ.

6. Извѣстно также положеніе, будто бы право есть совокупность нормъ, соблюденіе коихъ дѣлаетъ возможнымъ продолжительное существованіе общества, въ опредѣленномъ состояніи, иначе говоря, будто право есть „этическій минимумъ" или совокупность условій, способствующихъ существованію общества, поскольку таковыя условія зависятъ отъ человѣческой воли. Приведенное мнѣніе, однако, не обращаетъ вниманія на то, что и другія этическія силы создаютъ условія для поддержанія общества. Римъ и Греція не удержались-бы ни одинъ день на достигнутой ими высотѣ національной жизни, если бы не дѣйствовали свыше мѣры формулированныхъ правомъ обязанностей, не проявляли любви къ отечеству, готовности къ самопожертвованію и т. д., и если бы въ ихъ дѣятельности къ праву въ отношеніи охраны условій ихъ существованія не присоединились бы нравы и религія.

Даже для поддержанія даннаго состоянія отдѣльной семьи, стоящей на извѣстной высотѣ духовной жизни, право одно само по себѣ не устанавливаетъ всѣхъ необходимыхъ условій, не говоря уже объ условіяхъ существованія общества. Далѣе, здѣсь нельзя не замѣтить что разсматриваемое воззрѣніе игнорируетъ процессъ исторической дифференціи, съ одной стороны образовавшей качественныя различія отдѣльныхъ этическихъ силъ, и съ другой стороны создавшей не только разнообразныхъ представителей общественнаго интереса, но и различныя формы осуществленія этого интереса, различныя ихъ цѣли и содержаніе (§ 126).

Соотношенію указанныхъ силъ соотвѣтствуетъ соотношеніе соотвѣтствующихъ наукъ. Изъ изложеннаго ясно, въ какой связи наука права и ея общая часть (общая теорія права или философія права) находится съ наукой о нравственности или этикой въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Поскольку специфически нравственныя силы участвуютъ въ развитіи и наличности существенныхъ

свойствъ права (§§ 36, 47 и сл.), у обѣихъ наукъ общій объектъ: въ изслѣдованіи дѣйствія этихъ силъ обѣимъ дана общая задача; поэтому, поскольку вопросъ касается указанной задачи, соотвѣтствующая литература должна быть присоединена къ литературѣ по общей теоріи права. Изъ литературы по вопросамъ этики должны быть указаны:

H. Spencer, Die Thatsachen der Ethik, deutsche Ausgabe von Vetter 79. E. v. Hartmann, Phänomenologie des sittlichen Bewusztseins 79. Laas, Idealistische und positivistische Ethik 82. Schopenhauer, Die Grundprobleme der Ethik, 2. A. 60. R. Landmann (Herbartianer), Hauptfragen der Ethik 74. von Oettingen, Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine christliche Sozialethik, 2. A. 74; derselbe, Die christliche Sittenlehre 74. I. I. Baumann, Handbuch der Moral 79. S. St. Mill, Utilitarianism, 7. A. 64. F. Iodl, Geschichte der Ethik in der neuren Philosophie I, 82, II, 89. M. Guyau, La morale Anglaise contemporaine, morale de l'utilité et de l'évolution. Paris 78 f. Gass, Geschichte der chriselichen Ethtik I 81, II 86 f. Th. Ziegler, desgl., 2. A. 92. Wundt, Ethik, 2. A. 92, derselbe, System der Philosophie, 2 A. 97, S. 646. Paulsen, System der Ethik mit einem Umriss der Staats-und Gesellschaftslehre, 3 A. 94.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Подраздѣленія права.

§ 81.

Правовыя положенія различаются:

1) по *субъектамъ*, отъ которыхъ онѣ исходятъ.
2) по своему *содержанію*.
3) по способу своего *возникновенія*.

I. Подраздѣленія по субъектамъ.

§ 82.

Что касается субъектовъ, отъ которыхъ исходятъ правовыя положенія, то въ этомъ отношеніи должно отличать право одного государства отъ права всякаго другого государства, отъ права всякой самостоятельной церковной общины и отъ международнаго права; въ Германіи отдѣляютъ право, исходящее отъ имперской власти, отъ права германскихъ союзныхъ государствъ и т. д. *)

§ 83.

Въ болѣе обширномъ общественномъ союзѣ могутъ существовать нѣсколько правообразующихъ субъектовъ рядомъ такимъ образомъ, что одинъ призванъ создавать правовыя нормы для цѣлаго, другіе же только для опредѣленныхъ частей его (напр.: для опредѣленныхъ областей государства **). Исходящія отъ перваго правовыя положенія называются «об-

---

*) Въ Россіи правовыя нормы по делегаціи отъ верховной власти могутъ быть создаваемы земствами, городами, административными органами и т. п. *Прим. ред.*

**) Какъ, напр., то существуетъ у насъ въ Финляндіи или было въ Царствѣ Польскомъ. *Пр. ред.*

шимъ правомъ», исходящія отъ другихъ «партикулярнымъ правомъ» этихъ областей.

II. Подраздѣленію по содержанію.

1. *Публичное и частное право.*

§ 84.

Содержаніе правовыхъ нормъ зависитъ отъ природы отношеній, которыя ими приводятся въ порядокъ.

Здѣсь прежде всего принимается во вниманіе природа тѣхъ сталкивающихся интересовъ и заинтересованныхъ лицъ, области господства которыхъ подлежатъ разграниченію.

Сравни къ II: v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I, 40. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 47; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 108. Bierling, Kritik II, 149.

§ 85.

Важную противоположность въ настоящемъ случаѣ представляютъ *частныя* и *публичныя отношенія.*

Въ частныхъ отношеніяхъ индивидуальные интересы и границы ихъ господства сталкиваются съ таковыми-же. Представимъ себѣ напримѣръ, отношенія сосѣдей по имѣніямъ, покупателей и продавцевъ на рынкѣ, нанимателей и отдающихъ въ наймы, сочленовъ торговаго товарищества.

Въ отношеніяхъ публичнаго характера по крайней мѣрѣ на одной сторонѣ находятся публичные интересы (интересы государства, церкви и т. д); съ другой стороны, съ ними могутъ сталкиваться или такіе же публичные интересы, или интересы отдѣльныхъ лицъ. Представимъ себѣ отношенія между государствомъ и церковью, королемъ и парламентомъ, общиною и государствомъ, государствомъ и преступниками, судами и обвиняемыми, полиціею и гражданами.

§ 86.

Приведенному противоположенію соотвѣтствуетъ различіе *частнаго права* (цивильнаго или гражданскаго права), имѣющаго своимъ предметомъ частныя отношенія, и *публичнаго права*, имѣющаго своимъ предметомъ публичныя отношенія; право дѣлаетъ оба вида отношеній отношеніями юридическими.

Это подраздѣленіе, вслѣдствіе своего основнаго значенія, подлежитъ ближайшему разсмотрѣнію.

§ 87.

Для публичнаго права характерно то обстоятельство, что въ немъ участвуютъ публичные и общіе интересы въ двоякомъ смыслѣ и притомъ непосредственно.

Во первыхъ, въ активной творческой роли, принадлежащей этимъ

интересамъ по самой природѣ права во всей его области, такъ какъ эти интересы являются повсюду руководящимъ принципомъ функцій права.

Во вторыхъ,—въ качествѣ объекта этихъ функцій, въ пассивной роли интересовъ, области господства которыхъ съ одной стороны охраняются правомъ, съ другой стороны имъ ограничиваются.

§ 88.

Опредѣленія публичнаго права относительно наказанія преступленій— напр. государственной измѣны — въ данномъ случаѣ могутъ служить примѣромъ.

Въ этихъ опредѣленіяхъ мы встрѣчаемъ публичные и общіе интересы (убѣжденія), дѣйствующіе во всей системѣ права и придающіе праву его специфическій характеръ, какъ силѣ, стоящей надъ противоположностями и столкновеніями, создаваемыми сторонами, проводящими границы моего и твоего.

Но съ другой стороны эти публичные и общіе интересы вмѣстѣ съ тѣмъ должны быть также разсматриваемы какъ объекты воздѣйствія охранительныхъ и ограничительныхъ функцій самаго права. Въ спорѣ, который упорядочивается благодаря функціямъ права, публичные интересы, въ качествѣ непосредственно дѣйствующихъ факторовъ, требуютъ осуществленія своего права по отношенію къ преступникамъ. Въ данномъ случаѣ они являются какъ-бы жалующейся стороной, притязанія которой находятъ въ опредѣленіяхъ права свое признаніе и въ то же время свое ограниченіе. (Этимъ требующимъ наказанія интересамъ противополагаются другіе публичные интересы, выражающіеся въ частой обязательной защитѣ, сравни § 824).

Въ каждомъ отдѣльномъ процессуальномъ случаѣ, судья является органомъ публичнаго интереса перваго порядка, публичный обвинитель (прокуроръ) органомъ публичнаго интереса второго порядка.

Указаннымъ обстоятельствомъ отчасти объясняется, почему публичное право достигаетъ полнаго и обезпеченнаго развитія медленнѣе нежели право частное, и почему оно не въ состояніи довести своихъ нормъ до такой степени совершенства, чтобы онѣ по общимъ свойствамъ являлись силой, абсолютно стоящей внѣ партій.

§ 89.

Въ отличіе отъ публичнаго въ частномъ правѣ, напротивъ, публичные интересы непосредственно выступаютъ вообще только въ выше упомянутой активной роли, въ качествѣ души регулирующихъ, обезпечивающихъ миръ отправленій третейской силы, называемой правомъ.

Пассивно участвующими факторами объектомъ воздѣйствія функцій права, являются здѣсь частные интересы.

§ 90.

Этой противоположности соотвѣтствуютъ различія въ способѣ разрѣшенія правомъ въ области частныхъ и публичныхъ отношеній самой по себѣ всюду одинаковой его задачи.

§ 91.

По отношенію частныхъ интересовъ, право часто ограничивается однимъ обезпеченіемъ заинтересованнымъ лицамъ одинаковаго значенія проявленія ихъ воли и условій свободной дѣятельности въ отношеніи другъ къ другу въ сферѣ мира.

При этомъ предполагается, что регулируемые интересы имѣютъ также своихъ естественныхъ защитниковъ-представителей въ лицѣ заинтересованныхъ частныхъ лицъ и что поэтому они могутъ быть удовлетворены или отдѣльными усиліями, или, лучше всего, свободнымъ взаимодѣйствіемъ индивидуальныхъ силъ обѣихъ сторонъ.

§ 92.

Что касается публичныхъ отношеній, то въ этомъ случаѣ существуетъ обратное предположеніе, заключающееся въ томъ, что представительство подлежащихъ интересовъ не можетъ быть предоставлено произволу отдѣльныхъ лицъ и зависѣть отъ ихъ свободныхъ соглашеній; поэтому отношеніе публичнаго характера болѣе нуждается во всесторонней и связывающей регулировкѣ.

Отсюда взаимныя отношенія государственныхъ учрежденій и ихъ дѣятельность, въ виду указаннаго предположенія, болѣе многосторонне опредѣлены связывающими правовыми нормами, нежели, напр., отношенія двухъ торговыхъ домовъ и ихъ торговая дѣятельность.

Болѣе подробныя свѣдѣнія о томъ, что, согласно этому взгляду, съ одной стороны характерно для частноправныхъ отношеній, съ другой стороны—для публично-правовыхъ, см. въ отдѣлѣ, посвященномъ юридическимъ отношеніямъ. §§ 191—199.

§ 93.

Несмотря на существенныя различія, тѣмъ не менѣе противоположность между частнымъ и публичнымъ правомъ не абсолютна. При регулировкѣ частныхъ отношеній, наряду съ непосредственно затрогиваемыми интересами отдѣльныхъ лицъ, въ большей или меньшей степени повсюду пассивно участвуютъ общіе интересы.

Съ этимъ находится въ связи:

1. Смѣшанный характеръ нѣкоторыхъ частей права,
2. Измѣнчивость границъ между частнымъ и публичнымъ правомъ.

Правовая регулировка всѣхъ частныхъ отношеній близко затрогиваетъ общество не только потому, что для него важно, чтобы всѣ интересы были включены въ общій мирный порядокъ, но также въ силу поощряющаго и сдерживающаго вліянія подобнаго порядка на подлежащіе частные интересы; вѣдь, благо цѣлаго находится въ зависимости отъ блага отдѣльныхъ лицъ, его членовъ. Возьмемъ, напр., отношенія, существующія между рабочими и предпринимателями. Въ регулировкѣ этихъ отношеній общество заинтересовано не только съ формальной стороны, со стороны мирнаго улаживанья всякихъ недоразумѣній, а при возникновеніи споровъ—разрѣшенія ихъ при помощи безпристрастныхъ судейскихъ приговоровъ; въ данномъ случаѣ общество также имѣетъ и положительный интересъ, заключающійся въ необходимости чтобы

эти отношенія по содержанію вездѣ регулировались въ наибольшемъ соотвѣтствіи съ благомъ заинтересованныхъ лицъ. Если тѣмъ не менѣе регулированіе такихъ отношеній въ отдѣльности у насъ предоставляется свободнымъ соглашеніямъ заинтересованныхъ частныхъ лицъ и если вообще какія бы то ни было отношенія, вопреки повсюду существующей связи съ публичными интересами, опредѣляются въ качествѣ частныхъ отношеній, то причина того нерѣдко заключалась и заключается:

а) въ томъ, что долгое время не существовало яснаго представленія относительно связи этихъ отношеній съ публичными интересами,

b) въ томъ, что полагали, будто самое цѣлесообразное улаженіе подобныхъ отношеній, какъ для ближайше заинтересованныхъ лицъ, такъ и для общества, скорѣе всего достигается, свободнымъ соглашеніемъ участвующихъ въ спорѣ сторонъ,

с) въ стремленіи самостоятельности отдѣльныхъ лицъ и въ значеніи этого стремленія для всей ихъ совокупности.

Приведенныя причины, какъ то легко видѣть, не даютъ общаго рѣшенія вопроса о проведеніи границъ между частнымъ и публичнымъ правомъ, но объясняютъ явленія, отмѣченныя въ слѣдующихъ параграфахъ.

„О соціальной задачѣ частнаго права“ сравни Gierke, Vortrag 89, Sohm Ueber den Entw. eines B; Vortrag 95.

§ 94 (поясняющій пункты § 93).

Къ 1 п. При правовой регулировкѣ отношеній, въ общемъ признаваемыхъ частноправными, за нѣкоторыми изъ отдѣльныхъ видовъ ихъ признается непосредственная связь съ публичными интересами, которые и принимаются въ качествѣ критерія при обращеніи съ отношеніями подобнаго рода. Совокупность правовыхъ нормъ, касающихся соотвѣтствующихъ отношеній, чрезъ это получаетъ смѣшанный характеръ.

Таковымъ характеромъ въ особенности обладаетъ семейное право (см. § 195, 697 и сл.).

§ 95. (Idem).

Къ 2 п. Измѣненія въ существѣ частноправныхъ отношеній, равно какъ и измѣненія во взглядѣ на нихъ, могутъ повлечь за собою то последствіе, что отношенія, до сихъ поръ считавшіяся частноправными, въ виду признанія за ними со стороны господствующихъ воззрѣній общаго значенія, начинаютъ нормироваться въ качествѣ публичноправовыхъ или, наоборотъ, до сихъ поръ считавшееся публичноправовымъ превращается въ частноправовое.

§ 96.

Такимъ образомъ противодѣйствіе многочисленнымъ преступленіямъ, каковы, напр. кража, регулировалось сначала частнымъ правомъ и только позднѣе превратилось въ право публичное.

Вначалѣ общество не считало себя прямо заинтересованнымъ въ преслѣдованіи преступленій указаннаго рода, признавая потерпѣвшихъ отъ него частныхъ лицъ естественными и единственными защитниками (представителями) подлежащихъ интересовъ; между тѣмъ въ настоящее время общество признаетъ въ кражѣ себя затронутымъ непосредственно и по-

этому—себя-же главнымъ образомъ заинтересованнымъ въ наказаніи преступника (§ 291 и сл.).

§ 97.

Наоборотъ, у многихъ народовъ обработка земли въ опредѣленные періоды разсматривалась, съ правовой точки зрѣнія, въ смыслѣ общественнаго дѣла и потому регулировалась по началамъ публичнаго права; позднѣе земледѣльческія работы были предоставлены въ частное распоряженіе и потому подпали господству частноправныхъ началъ.

Сравни объ относительности противоположности между частнымъ и публичнымъ правомъ также §§ 195 и сл., 252—59, 281, 287 и сл., 305 и сл.

§ 98.

Части публичнаго права—государственное, уголовное, процессуальное и церковное право—равно какъ и части частнаго права—имущественное и семейное право—получатъ ближайшее опредѣленіе въ особенной части.

2. Право пополняющее и право принудительное.

§ 99.

Различаютъ правовыя положенія, которыя только придаютъ юридическую твердость признаваемымъ правомъ отношеніемъ; это будутъ нормы «пополняющія», диспозитивныя, «jus dispositivum»; отъ нихъ отличаются нормы, не считающіяся съ личной волей, требующія безусловнаго примѣненія,—«принудительное право», «jus cogens» въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

Частное право состоитъ, согласно раньше указанному его характеру, преимущественно изъ «пополняющихъ» правовыхъ положеній, публичное—по существу есть jus cogens.

Большинство правовыхъ опредѣленій напр., купли, мѣны, найма и другихъ имущественныхъ отношеній имѣетъ пополняющую природу. Примѣры въ отдѣлѣ о куплѣ въ частномъ правѣ.—Впрочемъ, это раздѣленіе вовсе не совпадаетъ вполнѣ съ различіемъ частнаго и публичнаго права. Спеціально не мало частно-правовыхъ положеній требуютъ безусловнаго примѣненія, желая предоставить заинтересованнымъ индивидамъ защиту независимо отъ ихъ собственнаго усмотрѣнія и воли. Сюда, напр., относится принципъ, признающій право на возмѣщеніе убытковъ тому, кому другимъ нанесенъ злонамѣренный и противоправный ущербъ.

3. Право повелѣвающее и разрѣшающее.

§ 100.

Въ текстуальномъ изложеніи правовыхъ нормъ часто въ глаза бросается односторонняя: то повелѣвающая, то обезпечивающая—устанавливающая правомочія функція права. По этому поводу прежде, принимая во вниманіе указанную черту, различали нормы «повелѣвающія» и «разрѣшающія» (повелительныя и дозволительныя); при двойственной форму-

лировкѣ юридическихъ нормъ въ видѣ дозволительныхъ или повелительныхъ тамъ, гдѣ такая формулировка получается не по случайности редакціи, [2]), одностороннее изложеніе нормы можетъ быть оправдываемо болѣе усиленнымъ при такомъ способѣ редакціи текста подчеркиваніемъ того, на что должно быть обращено особое вниманіе въ смыслѣ закономѣрности. [3]). Указанная формулировка можетъ также быть объяснена тѣмъ, что въ однихъ случаяхъ юридическое отношеніе короче и проще характеризуется моментомъ охраны правомочій, въ другомъ наоборотъ—возложеніемъ обязанностей. [4]). Эти моменты и рѣшаютъ внѣшнюю формулировку нормы.

Въ дѣйствительности же въ *содержаніи* правовыхъ нормъ различіе по признакамъ дозволительности или повелительности не существуетъ.

1. Часто во внѣшней формулировкѣ не видно ни дозволительности, ни запретительности, а просто описывается (опредѣляется) рѣшающій фактъ, который порождаетъ правомочіе съ одной стороны и ограниченіе съ другой.

Примѣръ: „Оскорбленіе карается..... денежнымъ штрафомъ".

2. Часто, однако, можно повелительную форму свободно превратить въ разрѣшающую (дозволительную) или наоборотъ безъ того, чтобы такая обратная формулировка имѣла какое-либо существенное значеніе для дѣла. Напр., вмѣсто словъ: „по отношенію къ иностраннымъ государствамъ всѣ нѣмцы имѣютъ одинаковое право на защиту со сторона имперіи", можно съ такимъ же успѣхомъ сказать: „по отношенію къ иностранныхъ государствъ всѣмъ нѣмцамъ должна быть обезпечена одинаковая защита со стороны имперіи".

3. Представимъ себѣ нормы податнаго обложенія, нормы обязывающія уничтожившаго чужую вещь возмѣстить убытки собственнику безъ всякаго со своей стороны права на что-либо; вспомнимъ характеръ полицейскихъ ограниченій уличнаго движенія, продажи яда и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ норма въ своей спеціальной формулировкѣ прежде всего доводитъ о своемъ содержаніи до свѣдѣнія того, на кого возлагается ограниченіе.

4. Примѣры: „императору предоставляется право созывать союзный совѣтъ и рейхстагъ". „Рейхстагъ имѣетъ право.... предлагать законы". Если пожелали-бы въ настоящемъ случаѣ форму признанія замѣнить формой велѣній, слѣдовательно описать соотвѣтствующія правомочіямъ обязанности, то это повлекло-бы за собою большое многословіе и стилистическія особенности. Кромѣ того здѣсь получаетъ значеніе предъидущая точка зрѣнія. Еще нужно замѣтить, что форма разрѣшенія часто примѣняется тамъ, гдѣ хотятъ особенно подчеркнуть, что запретъ не распространяется на опредѣленные случаи. Это замѣчаніе относится и къ примѣчаніямъ въ 3 и 4 вмѣстѣ съ главнымъ текстомъ.

Elemente § 4. Z 4.

III. Подраздѣленія права по формамъ возникновенія.

§ 101.

Относительно *формъ возникновенія* и *появленія* правовыхъ нормъ различаютъ «право законъ», «право обычай» и т. д. Объ этомъ болѣе спеціально въ ближайшемъ отдѣлѣ.

Нужно однако замѣтить, что въ противность тому, какъ это обыкновенно думаютъ, собственно говоря, для настоящаго вопроса важна не только различная форма возникновенія права. Скорѣе различію въ возникновеніи соотвѣтствуютъ различія въ въ признакахъ, по которымъ мы опредѣляемъ прина-

длежность нормы къ одной или другой категоріи и ея свойство быть обязательной правовой нормой. Такимъ образомъ всякая норма, возникшая законодательнымъ путемъ, продолжаетъ существованіе въ формѣ закона, и эта форма опредѣляетъ ея характеръ (см. § 104).

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Возникновеніе права.

I. Формы возникновенія права (ученіе объ „источникахъ права").

§ 102.

Нормальный путь, коимъ въ современной правовой жизни создаются правовыя нормы, есть путь *законодательства*.

Въ законодательствѣ господствующая въ обществѣ воля получаетъ свое выраженіе при помощи особыхъ органовъ и въ опредѣленныхъ формахъ, сообразно существующему государственному устройству.

По поводу ученія объ источникахъ права вообще сравни Savigny „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 14. Его-же, System des heutigen römischen Rechts, I. Bluhme „Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen, 2. A., 54 (1. Teil der in § 2 zit. Encyclopädie). Adikes. Zur Lehre von den Rechtsquellen 72. E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche 61. Sturm. Recht und Rechtsquellen 83. Kohler, in Gruenhuts Ztschr. 86. A. S. Schultze. Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung. Въ томъ числѣ отдѣлъ, относящійся къ ученію объ источникахъ права и въ особенности къ ученію о, такъ называемомъ, обычномъ правѣ—Къ ученію о законодательствѣ Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, I § 54 ff. Относительно аналогіи и обычнаго права см. ниже. О законодательствѣ см. также § 417 и сл.

§ 103.

Начертаніе и обнародованіе юридическихъ нормъ повсюду происходитъ въ названныхъ формахъ.

Такимъ образомъ возникающее право—*право-законъ*—по существу своей формы является писаннымъ правомъ (jus scriptum).

§ 104.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что:

1. Только то будетъ закономъ или составною частью его, что нашло себѣ совершенное-ли или несовершенное выраженіе въ документѣ, созданномъ и обнародованномъ установленнымъ путемъ.

2. То, что представляетъ собою текстъ обнародованнаго документа, есть законъ только при томъ предположеніи, что этотъ текстъ выражаетъ дѣйствительную волю законодателя, а не попалъ въ законодательный документъ, напр., случайно, въ силу простой ошибки.

Мы можемъ различить въ законахъ, какъ и во всѣхъ правовыхъ опредѣленіяхъ, внѣшнюю и внутреннюю его сторону, corpus и animus. Если только отсутствуетъ одинъ изъ этихъ моментовъ, то нѣтъ и закона. Съ этой точки зрѣнія, между прочимъ. должны быть обсуждаемы недосмотры, встрѣчающіеся въ редакціи текста законовъ

Именно, нужно отличать редакцію, въ которой воля законодателя не нашла себѣ выраженія, или вообще текстъ закона оказался случайнымъ, отъ редакціи, для которой намѣренное и точно выраженное въ нихъ волеизявленія законодателя, въ примѣненіи на практикѣ, влечетъ за собою не предусмотрѣнныя или несоотвѣтствующія конечнымъ цѣлямъ закона послѣдствія. Подобные недостатки закона не отымаютъ у него свойствъ обязательности, но только указываютъ законодателю на необходимость исправленія подлежащаго текста.

Merkel, въ Handbuch des deutschen Strafrechts, herausg. von. v. Holtzendorf II, 65 ff. IV, 73 ff, die Litt. zu § 348.

§ 105.

Нужно кстати упомянуть, что законодательная дѣятельность въ то-же время создаетъ нѣкоторыя правовыя положенія, сами по себѣ не входящія въ составъ закона и потому не подпадающія дѣйствію вышеуказанныхъ правилъ; для существа таковыхъ правовыхъ положеній имѣетъ рѣшающее значеніе не самое *содержаніе* выраженій воли законодателя, но руководившее имъ *намѣреніе*, его общія взгляды на данный вопросъ.

Merkel, l. c. Jhering, Geist des römischen Rechts I, (3 A) S. 28 ff., II (3. A.) S. 334 ff. v. Wächter, Ueber Gesetzes und Rechtsanalogie im Strafrechte, im Archiv bes Strafrechts 1844, S. 413, 535. Binding, Die Normen I, § 11, Sohm, Institutionen des römischen Rechts, § 7 f.

§ 106.

Именно, съ точки зрѣнія законовъ логики всякое законодательное опредѣленіе является примѣненіемъ болѣе общаго, предполагаемаго обязательнымъ положенія, къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ. Это общее положеніе есть первая посылка силлогизма, лежащаго въ основаніи законодательнаго опредѣленія; при извѣстныхъ условіяхъ указанное общее положеніе само получаетъ значеніе правовой нормы или источника нормъ.

§ 107.

Примѣръ! Различіе предумышленнаго и простого убійства по нѣмецкому уголовному уложенію (см. § 759) содержитъ въ себѣ примѣненіе того болѣе общаго положенія, что дѣяніе, совершенное съ размышленіемъ, при прочихъ одинаковыхъ условіяхъ, устанавливаетъ болѣе высокую наказуемость, нежели убійство, совершенное безъ таковаго размышленія (въ состояніи сильнаго душевнаго возбужденія). Приведенное положеніе въ своемъ общемъ видѣ не получило выраженія въ законѣ, тѣмъ не менѣе за нимъ признается общее значеніе и сообразно этому указанный моментъ умышленности принимается во вниманіе также при такихъ преступленіяхъ, при опредѣленіи которыхъ законодатель о немъ даже не думалъ. Конечно, подобное явленіе можетъ имѣть мѣсто только постольку, поскольку это дозволяетъ законная мѣра установленнаго наказанія.

§ 108.

Въ такихъ случаяхъ вообще говорится о «примѣненіи по аналогіи» нормы, заключающей въ себѣ вышеупомянутое общее положеніе; слѣдо-

вательно, въ приведенномъ примѣрѣ рѣчь идетъ о примѣненіи по аналогіи общихъ положеній о предумышленномъ и простомъ убійствѣ.

§ 109.

Однако, примѣненіе тѣхъ или другихъ законовъ по аналогіи все-таки допустимо только постольку, поскольку тому не мѣшаетъ содержаніе или внутренній смыслъ другихъ законовъ; поэтому юридическая аналогія примѣнима только къ такимъ отношеніямъ, которыя не урегулированы уже правомъ какимъ либо инымъ образомъ и относительно которыхъ безъ аналогіи явился-бы въ системѣ права пробѣлъ.

§ 110.

Такъ, напр., подъ общія положенія, лежащія въ основѣ уголовнаго закона о намѣренномъ и противоправномъ поврежденіи чужого имущества, можно подвести также разные другіе виды подобнаго поврежденія и сообразно съ этимъ, повидимому, можно было бы примѣнить къ нимъ по аналогіи дѣйствующій законъ; этому однако препятствуетъ существованіе того важнаго положенія дѣйствующаго права, которое гласитъ, что только дѣянія спеціально объявленныя наказуемыми влекутъ за собой соотвѣтствующее примѣненіе наказанія.

§ 111.

Правовыя положенія, дѣйствующія въ формѣ примѣненія данныхъ законовъ по аналогіи, получаютъ свое основаніе въ общихъ санкціонированныхъ закономъ или обычнымъ правомъ принципахъ. Гдѣ не имѣется особой спеціальной нормы, предусматривающей подобное пользованіе аналогіей, тамъ она зиждется на обязанности суда, который не можетъ уклоняться отъ разрѣшенія правовыхъ вопросовъ подъ предлогомъ существованіе пробѣловъ въ законодательствѣ; наоборотъ, въ подобныхъ случаяхъ судъ долженъ самостоятельно разрѣшать эти вопросы, на сколько возможно, на основаніи смысла и духа дѣйствующаго права. Конечно, прямымъ путемъ къ тому при явныхъ пробѣлахъ законодательства является аналогія *).

§ 112.

Правовыя положенія могутъ далѣе создаваться, а въ прежнее время обыкновенно создавались, по большей части въ формѣ обычая, т. е., въ формѣ постояннаго и общаго соблюденія нѣкотораго правила, отсюда получающаго свойства обязательности.

§ 113.

Такое обыкновеніе становится правомъ, какъ скоро въ немъ появляются признаки, указанные въ качествѣ характерныхъ для права, и

*) Въ русскомъ законодательствѣ указанное право суда ясно выражено въ 13 ст. Уст. Угол. и 10 ст. Гр. Судопр., гдѣ говорится, что судъ не можетъ останавливать своихъ рѣшеній подъ предлогомъ неполноты законовъ.

какъ скоро на такое обыкновеніе можно ссылаться, какъ на обязательную норму для судебныхъ рѣшеній.

Это и есть «*обычное право*».

Формальный признакъ права (§ 79) и здѣсь, какъ всегда, получается вышеуказаннымъ путемъ. Гдѣ же имѣется формальный признакъ юридической нормы, тамъ находится и вещественный реальный.

Puchta, Das Gewohnheitsrecht 28—37 Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 56, 323, Eisele, I, c. 69, 298. g. Rümelin, Iher. Jahrb. 27, 225. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht (Сюда-же Merkel, Sammlung S. 648). Brie' Lehre vom Gewohnheitsr. I; 99. Bruno Schmidt, D. Gewohnheitsr. als Form des Gemeinwillens, 99.

§ 114.

Значеніе обычая въ качествѣ обязательной нормы для судебныхъ рѣшеній можетъ быть признано или закономъ, или силою того же самаго обычнаго права и въ немъ выражающихся правовыхъ представленій.

Собственно говоря, различіе между обычнымъ правомъ и простымъ обыкновеніемъ и нравами заключается только въ отвѣтѣ на вопросъ, содержать-ли въ себѣ соотвѣтствующія правила связывающую и руководящую нить для судебныхъ рѣшеній, или нѣтъ. Если бы для защиты обычая давать на чай можно было бы пользоваться судомъ, то этотъ обычай былъ бы правомъ.

Вообще, изслѣдуемый вопросъ, какъ было указано выше, можно разсматривать съ двухъ сторонъ.

Было время, когда въ Германіи и въ другихъ странахъ существовали только скудные отрывки писаннаго права, господствующею же въ жизни силою являлось обыкновеніе всякаго рода. Никто не сомнѣвается, что въ тѣ времена въ извѣстныхъ частяхъ таковое обыкновеніе обладало обязательной силой также и для судовъ, которые были обязаны имъ пользоваться при постановленіи своихъ рѣшеній. Поскольку же такой порядокъ существовалъ и судьи были связаны соотвѣтствующими частями господствовавшихъ обыкновеній, постольку послѣднія являлись правомъ. Итакъ, обыкновеніе обнимаетъ собою въ извѣстныхъ случаяхъ примѣненіе извѣстныхъ правилъ не только со стороны тѣхъ, чьихъ отношеній онѣ по содержанію своему касаются, но одновременно также и примѣненіе ихъ со стороны судовъ.

Обычное право издавна является предметомъ многочисленныхъ контроверзъ. Между тѣмъ какъ нѣкоторые въ немъ находятъ совершеннѣйшую форму права, другіе отрицаютъ за нимъ самое право на званіе права. Но первые не признаютъ значенія того факта, что настоящее развивающееся и обособляющееся отъ другихъ этическихъ силъ право повсюду повело замѣну обычнаго права закономъ; другіе, наоборотъ, упускаютъ изъ виду, что у многихъ, а можетъ быть, и у всѣхъ народовъ въ теченіе долгаго времени господствовавшія надъ общественною жизнью и опредѣляющія поведеніе органовъ общества нормы существовали едва-ли не исключительно въ формѣ обычнаго права. Если не признавать обычнаго права правомъ, то, спрашивается, считать-ли также регулируемую ими правовую жизнь правовою жизнью, считать-ли вытекающія изъ него субъективныя права правами? Можно-ли вообще отрицать въ этихъ періодахъ существованіе правовыхъ отношеній, субъективныхъ правъ и правовыхъ обязанностей, помимо тѣхъ, которые опредѣлялись судебными рѣшеніями?

Въ данномъ случаѣ справедливо только то, что появленіе закона и другихъ видовъ писаннаго права имѣетъ значеніе достиженія высшей ступени въ „позитивированіи“ права, т. е. разработкѣ его технической стороны и вообще тѣхъ моментовъ, которые отличаютъ право отъ другихъ этическихъ силъ.

Нѣкоторые, наконецъ, полагаютъ, что нормы обычнаго права получаютъ

и могутъ получить характеръ обязательныхъ правовыхъ нормъ только на основанiи закона или какого-нибудь иного знака правительственнаго признанія. Однако, и это воззрѣніе не согласно съ историческими фактами. Независимо отъ того, что въ регулированiи правовой жизни обычное право вообще предшествуетъ закону, отсутствуютъ также историческія доказательства того, чтобы гдѣ-либо обязательная сила обычнаго права, до возникновенія обширныхъ законодательныхъ сборниковъ, выводилась изъ законодательныхъ актовъ или правительственнаго признанія. Скорѣе нормальное отношеніе между авторитетомъ правительствъ и авторитетомъ обычая издавна заключалось въ томъ, что первое всегда находилось въ зависимости отъ второго, а не наоборотъ.

Точно также и въ отношенiи современной правовой жизни послѣдняя теорія представляетъ фикцію, неимѣющей подъ собой основанія.

Впрочемъ, относительно теоріи обычнаго права важно различать слѣдующіе вопросы: 1) Что есть обыкновеніе и какъ оно возникаетъ? 2) Какіе признаки должны къ нему прибавиться, чтобы оно стало обычнымъ правомъ? Что есть и на чемъ основана обязательная сила обычая и обычнаго права? Вопросы подъ № 1 можно здѣсь оставить въ сторонѣ. Второй вопросъ уже имѣетъ отвѣтъ въ вышеизложенныхъ признакахъ юридической силы обычая. Мы узнаемъ право по его отправленіямъ. Обыкновенія, вліяющія на жизненныя отношенія въ видѣ права, порождающія правомочія и правообязанности подобныя правомочіямъ и правообязанностямъ, возникающимъ на основанiи законовъ, есть право. Но въ этомъ случаѣ обычаемъ создаются права и обязанности, могущія быть предметомъ обсужденія со стороны суда. Касательно п. 3 должно замѣтить, что относительно обязательной силы обычнаго права имѣетъ значеніе все, что выше было изложено объ обязательной силѣ права вообще. Обязательная же сила обыкновенія родственна праву; оно только усиливается при возвышенiи обыкновенія въ обычное право.

§ 115.

Допущеніе обычнаго права въ качествѣ источника общаго права въ судахъ можетъ быть принимаемо закономъ или безусловно, или условно только въ извѣстномъ объемѣ (въ извѣстныхъ областяхъ права) или, наконецъ, обычное право можетъ быть непризнаваемо вовсе *).

Послѣднее часто случается въ современномъ государствѣ, гдѣ форма обычнаго права все болѣе и болѣе утрачиваетъ свое значеніе для дальнѣйшаго развитія права.

Противъ подобнаго полнаго непризнанія обычнаго права неправильно приводились принципіальныя соображенія со ссылками на равную обязательность обычнаго права и закона. Высшей руководящей въ обществѣ волѣ не можетъ быть воспрещено обозначать напередъ формы, какія она желаетъ придавать правовымъ положеніямъ и опредѣлять для своихъ органовъ условія обязательности примѣняемыхъ нормъ. Если въ такихъ случаяхъ обычай исключается, то этимъ создается препятствіе для превращенія его въ обычное право—поскольку соотвѣтствующій законъ сохраняетъ свою силу и самъ при случаѣ не подпадетъ воздѣйствію обычая.

§ 116.

Указанное ограниченіе примѣненія обычнаго права въ новѣйшее время находится въ связи съ усиленіемъ государственной власти и развитіемъ

---

*) Русское право допускаетъ обѣ ссылки на обычай только въ судахъ волостныхъ, мировыхъ, коммерческихъ и инородческихъ. *Ред.*

ея организаціи. Послѣдній фактъ находитъ свое выраженіе въ томъ, что руководящая въ обществѣ воля нормальнымъ путемъ дѣйствуетъ при помощи спеціальной на данный предметъ созданной системы органовъ и въ заранѣе для того опредѣленныхъ формахъ. Выступленіе обычнаго права вновь на первый планъ въ нашей общественной жизни означало-бы паденіе послѣдней на низшую ступень.

Объ историческомъ отношеніи закона и обычнаго права сравни Ihering, Geist der römischen Rechts II, § 25.

§ 117.

Въ случаяхъ, когда не имѣется на лицо связывающей судью, примѣнимой къ данному случаю, правовой нормы, судья видитъ себя привужденнымъ заимствовать норму, долженствующую лечь въ основаніе его рѣшенія, прямо изъ общихъ источниковъ права (тѣхъ самыхъ, откуда почерпаетъ законодатель).

Соотвѣтствующая норма посредствомъ судейскаго рѣшенія получаетъ по отношенію къ отдѣльному случаю и, ближайшимъ образомъ только по отношенію къ нему, значеніе правовой нормы.

§ 118.

Если-же одинаковая норма будетъ постоянно полагаться въ основу судейскихъ рѣшеній, то въ итогѣ получается *«судебный обычай»*, который или самъ по себѣ можетъ получить силу общаго обычнаго права, или пріобрѣсти обязательную силу на будущее время посредствомъ закона pro futuro.

§ 119.

Въ современномъ государствѣ для указанной творческой дѣятельности судовъ предоставленъ сравнительно незначительный просторъ. Судебнымъ рѣшеніямъ теперь приходится встрѣчаться съ уже развившимся, фиксированнымъ въ обширныхъ законодательныхъ трудахъ (кодификаціяхъ), правомъ, дальнѣйшее развитіе котораго принадлежитъ не суду, а законодателю. Суды суть только органы *примѣненія*, а не *созданія* (улавливанье) правовыхъ положеній.

Это рѣзкое разграниченіе собиранія, созиданія, улавливанія и п р и м ѣ н е н і я права, это ограниченіе дѣятельности судовъ только примѣненіемъ правовыхъ нормъ опредѣляетъ собою важную сторону историческаго прогресса въ области права; оно предполагаетъ высокое развитіе объективнаго права и государственныхъ учрежденій, а также спеціальную наличность законодателя, который способенъ и готовъ идти на встрѣчу могущей возникнуть потребности въ пополненіи или преобразованіи дѣйствующаго права. Гдѣ отсутсутствуютъ указанныя условія, тамъ суды являются призваными наряду съ примѣненіемъ дѣйствующаго права одновременно пополнять и реформировать право въ болѣе широкомъ или тѣсномъ объемѣ. Въ подобномъ случаѣ суды должны создавать правила, позднѣе становящіяся основой ихъ рѣшеній.

Указаннымъ путемъ повторяемыя рѣшенія понемногу пріобрѣтаютъ особую силу и такимъ способомъ легко превращаются въ обычное право, обязательное также для самихъ судовъ. Въ такихъ случаяхъ созданію правоваго

положенія предшествуетъ примѣненіе содержащагося въ немъ правила, или, выражаясь иначе, „jus in hytpohesi“ здѣсь существуетъ раньше, чѣмъ „jus in thesi“.

Рѣшеніе конкретныхъ правовыхъ вопросовъ въ приведенныхъ условіяхъ указываетъ путь для образованія абстрактнаго права, и судья въ обоихъ отношеніяхъ является важнѣйшимъ орудіемъ образованія права, „viva vox juris“. Исторія нѣмецкаго права, равно какъ и римскаго, содержитъ важныя доказательства этого положенія.

§ 120.

Тѣмъ не менѣе и въ настоящее время законодательная дѣятельность постоянно пополняется судейскою. Примѣненіе права въ формахъ, созданныхъ первою силой, имѣетъ для права большое значеніе, но всетаки весьма нерѣдко законодательныя нормы пріобрѣтаютъ надлежащую опредѣленность и полное развитіе своего содержанія только при помощи судейской дѣятельности и въ особенности при посредствѣ ея. Объ этомъ и объ отношеніи къ тому науки подробнѣе будетъ рѣчь въ 3-й главѣ общей части.

§ 121.

Правовыя нормы могутъ при случаѣ возникать изъ соглашеній—договоровъ между самостоятельными и независимыми другъ отъ друга субъектами, въ особенности между государствами.

Примѣромъ могутъ служить международные договоры, изъ которыхъ возникъ прежній Германскій Союзъ (см. государственное право), договоры, ближе опредѣляющіе права нейтральныхъ державъ во время войны и т. д.

Въ настоящемъ случаѣ должно различать обязательность данныхъ правовыхъ положеній для подданныхъ соотвѣтствующихъ государствъ съ одной стороны и для самихъ договаривающихся государствъ съ другой. Для первыхъ въ вопросѣ обязательности является рѣшающимъ моментомъ обнародованіе договоровъ законодательною властью соотвѣтствующихъ государствъ; для самихъ же государствъ наоборотъ обязательность наступаетъ съ момента заключенія договоровъ. Поэтому самые договоры являются формою возникновенія или источникомъ упомянутыхъ положеній права, поскольку существованіе подобныхъ соглашеній важно для данныхъ государствъ.

Обязательная сила договоровъ со своей стороны естественно предполагаетъ существованіе нормы, изъ которой она выводится. Таковая норма въ силу отсутствія какой-либо высшей надгосударственной власти, могущей предписывать законы самимъ государствамъ, обладаетъ природой обычнаго права.

E. Meier, Ueber den Abschluss von Staatsverträgen 74. Iellinek, Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen 80. Nippold, Der völkerrechtt. Vertrag 94. Laband, Staatsrecht des D. Reichs I, § 60 ff.—См. § 857.

II. Участвующіе факторы.

§ 122.

Жизнь человѣчества во всѣхъ своихъ областяхъ заключаетъ въ себѣ зародыши постояннаго раздора, борьба партій, индивидовъ, общественныхъ классовъ и т. д.; причина такихъ противорѣчій лежитъ какъ въ различіяхъ, существующихъ среди людей, такъ и въ условіяхъ, при которыхъ они

могутъ преслѣдовать цѣли своей самостоятельности, развиться и устраивать жизнь сообразно личнымъ вкусамъ и требованіямъ (ср. § 40).

Изъ научныхъ работъ, имѣющихъ отношеніе къ предметамъ, обсуждаемымъ подъ II и III, должно упомянуть слѣдующія: A. Merkel, Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft, in Grünhuts Zeitschr, III, S. 626, IV S. 1 (aufgenommen in die „Fragmente zur Sozialurssenschaft», aus dem Nachlasz herausg. v. R. Merkel 98, S. 45; s. auch I c. S. 36 ff.);—Recht und Macht (s. § 40) Jhering, Geist des römischen Rechts.—Zweck im Recht. Der Kampf ums Recht, 10 A. 91.—Vorgeschichte der Indoeuropäer (aus dem Nachlass herausg. 94). Merkel R. v, Jhering, in Iher. Iahrb. XXXII, 93 (Sammlung S. 733). Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht 68 ff. Stammler, Wirtschaft und Recht 96. W. Arnold, Kultur und Rechtsleben 65; Kultur und Recht der Römer 68. Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit un Verh. zu verwandten Rechten 82, Leist, Gräko-italische Rechtsgeschichte 84. A. H. Post, Bausteine f. eine allgem. Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnolog. Basis 80 f.—Ursprung des Rechts 76. Anfänge des Staats-und Rechtslebens 78.—Die Grundlagen des Rechts u. d. Grundzüge I. Entwicklungsgeschichte 84.—Aufgaaen e. allgem. Rechtswissenschaft 91. Grundriss d. ethnolog. Jurisdrudenz 94. Harum, Von d. Entstehung d. Rechts 63. Tylor, Anfänge der Kultur. нѣмецкій перев. Spengel, Leipzig, 75. Lotze, Mikrokosmus, Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit, III, 78. A. Comte, Cours de philosophie positive, VI, 42. Laurent, Études sur l'histoire de l'humanité, Paris 51 ff. Maine, Ancient law, 11, ed. 87. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 54. Roscher, Gesch. d. deutschen Nationalökonomie, 74. Knies, Die politische Oekonomie, 2. A. 83. Schäffle, Bau und Leben des sozialen Körpers, 75 ff. Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft, herausg. v. Bernhöft u. a. seit 77.

§ 123.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ повсюду, гдѣ люди находятся во взаимныхъ отношеніяхъ, тамъ дѣйствуютъ также силы и стремленія, направленныя къ избѣжанію или улаженію столкновеній, къ установленію общихъ авторитетовъ, къ созданію и примѣненію безпристрастныхъ масштабовъ для разрѣшенія возникающихъ пограничныхъ и всякихъ другихъ спорныхъ вопросовъ; вездѣ сказывается потребность въ установленіи и утвержденіи нейтральныхъ духовныхъ областей.

§ 124.

Указанныя стремленія почерпаютъ свои силы съ одной стороны въ сознаніи вреда, сопряженнаго съ раздорами всякаго рода, съ другой стороны—въ особой потребности пополненія человѣческой личности, которая только въ огражденной и мирной общественной жизни вначалѣ находитъ условія для своего полнаго развитія, а затѣмъ уже получаетъ возможность удовлетворенія всѣхъ высшихъ интересовъ, свойственныхъ культурному человѣку.

§ 125.

Древнѣйшая, находящаяся въ зависимости отъ указанныхъ потребностей и стремленій, проявляющая примирительную дѣятельность сила есть обыкновеніе или правы. Ихъ господствующее вліяніе опирается пер-

воначально на авторитетъ предковъ, затѣмъ на охранителей всякаго обихода боговъ, народа и наконецъ на авторитетъ правоваго обычая.

§ 126.

Отъ нравовъ, въ смыслѣ самостоятельнаго выдѣленія опредѣленныхъ элементовъ, постепенно обособляются съ одной стороны религія и нравственность, съ другой стороны—право.

Религія и нравственность по преимуществу касаются *содержанія* установляемыхъ нормъ; право главнѣйшимъ образомъ имѣетъ своимъ предметомъ *форму*, въ которой образуются и дѣйствуютъ упомянутыя нормы (§ 69 и сл.).

Развитіе права находится въ тѣснѣйшей связи съ развитіемъ государственной организаціи и преимущественно государственной судейской должности (§§ 64, 79, 112 и сл.).

§ 127.

Въ отношеніи своего содержанія право находится подъ вліяніемъ разнородныхъ борющихся интересовъ и силъ (§ 40, 121, 122).

Ниже указанное явленіе разсматривается подробнѣе.

§ 128.

Прежде всего право съ одной стороны всегда находится подъ вліяніемъ правотворящей воли, которой обыкновеніе, вѣра, существующій государственный строй или вообще какая-либо крупная сила обезпечиваютъ высшее значеніе, и безъ которой затрудненія, возникающія изъ житейскихъ противорѣчій, могли-бы быть преодолѣны только путемъ постоянно возобновляющейся борьбы.

Принимая во вниманіе сказанное, мы можетъ говорить объ «*авторитарномъ*» (auctoritären) (самостоятельномъ) элементѣ всего права.

§ 129.

Съ другой стороны, право испытываетъ вліяніе тѣхъ, кто подвластенъ его дѣйствію; это вліяніе проявляется въ формѣ частнаго договора, признанія или согласія, выбора членовъ законодательнаго корпуса или въ подобныхъ тому формахъ. Отсюда видно, что формально самостоятельное право въ отношеніи содержанія зависитъ отъ воли тѣхъ, чью сферу господства оно ограничиваетъ.

Принимая во вниманіе сказанное, мы можемъ говорить объ *автономномъ* или, если придерживаться той формы, въ которой это вліяніе находитъ свое самое наиболѣе широкое выраженіе, о *договорномъ* элементѣ въ правѣ.

§ 130.

Что касается формы и содержанія права, то у различныхъ народовъ оно, не смотря на тождественность конечной цѣли, обнаруживаетъ много-

численныя и коренныя различія. Главнѣйшая группировка этихъ различій будетъ изложена ниже.

§ 131.

Такъ, прежде всего природа внѣшнихъ условій существованія того или другого народа вездѣ оказываетъ глубокое вліяніе на содержаніе права, въ виду того, что эти условія вліяютъ на интересы, отношенія и оцѣнки, имѣющія для права руководящее значеніе.

Между прочимъ, народъ, живущій земледѣліемъ, осѣдлый, имѣетъ по необходимости во многихъ отношеніяхъ иное право, чѣмъ народъ бродячій, пастушескій.

§ 132.

Независимо отъ того, особенности содержанія права обусловливаются характеромъ народа въ связи съ его исторіей и всей его охватывающей культурой. Поэтому турки или китайцы никогда не будутъ жить, пользуясь нормою того же самаго права, какъ нѣмцы или французы.

§ 133.

Наконецъ, въ содержаніи и формахъ права отражается та степень культуры, которой народъ достигъ въ своемъ общемъ развитіи и которой спеціально достигло само право. (Объ этомъ подробнѣе подъ III).

III. Общая исторія права.

§ 134.

Право высоко цивилизованныхъ народовъ имѣетъ свойства, отсутствующія въ правѣ менѣе цивилизованныхъ. Поэтому, право современныхъ «культурныхъ народовъ» обнаруживаетъ такіе признаки, которые недостаютъ праву, такъ называемыхъ, народовъ дикихъ.

§ 135.

Впрочемъ, иногда народы, въ общей степени своей культурности родственные другъ другу, могутъ обладать правомъ различнаго специфическаго развитія и силы.

Такъ, право римлянъ во всѣхъ отношеніяхъ превозошло право греческихъ племенъ.

§ 136.

Поступательное движеніе права малокультурныхъ народовъ и переходъ его въ право культуры высшей или тотъ же переходъ недоразвившагося права въ формы права высоко развитаго, вмѣстѣ съ обусловливающими эти явленія причинами, представляетъ собою предметъ и содержаніе науки общей исторіи права.

Однако, указанное поступательное движеніе не должно понимать непремѣнно въ томъ смыслѣ, что болѣе развитое право вездѣ болѣе и лучше при-

годно для данныхъ отношеній, чѣмъ неразвившееся для соотвѣтствующихъ отношеній. Подобное движеніе въ дѣйствительности, во многихъ случаяхъ, содержитъ скорѣе только приспособленіе къ болѣе сложнымъ жизненнымъ отношеніямъ. Такимъ образомъ, разрѣшеніе задачи, поставленной праву, предполагаетъ существованіе производительности въ смыслѣ приспособленія къ упомянутымъ болѣе сложнымъ отношеніямъ въ мѣрѣ болѣе высокой, нежели та, которая требуется для болѣе простыхъ отношеній; принимая во вниманіе эту степень продуктивности, мы можемъ говорить о поступательномъ движеніи (прогрессѣ), не разрѣшая при томъ вопроса, дается-ли имъ для даннаго общественной жизни нѣчто хотя бы относительно, но все же превосходящее ее, или же производится только ей равнозначущее.

Ср. Gierke, Ueber jugend und Alter des Rechts, въ Deutschen Rundschau 79.

§ 137.

Въ этомъ поступательномъ движеніи мы можемъ различить:

1. *Внѣшнюю* сторону, т. е. степень всего количества (§ 136 прим.) оказываемыхъ народной жизни и характерныхъ для права услугъ вмѣстѣ съ извѣстными измѣненіями внѣшнихъ формъ права, находящимися въ связи съ даннымъ явленіемъ отчасти въ качествѣ его условій, отчасти—въ качествѣ послѣдствій (§ 138 и сл.).

2. *Внутреннее* развитіе, т. е. повышеніе цѣнности названныхъ услугъ съ точки зрѣнія справедливости (§ 142 и сл.).

Различаемыя здѣсь стороны поступательнаго движенія права находятся въ логическомъ и практическомъ соотношеніи другъ съ другомъ; объ этомъ см. выше (§ 24 и сл.).

§ 138.

Къ 1 п. 137 § къ упомянутой внѣшней сторонѣ поступательнаго движенія права принадлежатъ:

а) Расширеніе области отношеній общественной жизни, подпадающихъ дѣйствію правового порядка и тѣмъ превращаемыхъ въ отношенія юридическія. Примѣръ подобнаго расширенія, хотя и медленнаго, представляютъ международныя отношенія.

Отношенія государства и подданныхъ его къ чужестранцамъ подпали вліянію права въ болѣе широкомъ объемѣ только во времена христіанской эры. Взаимныя же отношенія государства достигли подобнаго положенія вообще еще позже, и отчасти еще до сихъ поръ не достигли необходимой полноты. Что же касается отношеній между подданными того же самаго государства или народа, то изъ нихъ нужно упомянуть отношенія, возникающія изъ убійства, разбоя и другихъ злодѣяніяхъ.(Эти отношенія подпадаютъ дѣйствію права ранѣе другихъ). Ср. сказанное о „правовомъ государствѣ“ въ § 410 подъ а.

§ 139.

Къ той же внѣшней сторонѣ далѣе относятся:

в) развитіе функцій, при посредствѣ которыхъ вышеуказанныя отношенія получаютъ свойство юридическихъ, при чемъ само это свойство повышается въ своемъ значеніи.

§ 140.

Подъ выставленную подъ в въ § 139 точку зрѣнія подпадаетъ:

Относительно внѣшняго выраженія создаваемыхъ обществомъ представленій о *правѣ*: дальнѣйшій переходъ отъ обычнаго права къ закону (§ 116), развитіе системы законовъ главныхъ и второстепенныхъ (§ 54 и сл.), регулированіе законодательной дѣятельности въ смыслѣ постояннаго охраненія непрерывности правовой жизни;

Относительно *примѣненія права*: развитіе судебной дѣятельности въ смыслѣ установленія того принципа, что тамъ, гдѣ имѣются налицо правовыя нормы, должна быть возможность обращенія къ суду съ цѣлью осуществленія этихъ нормъ, какъ въ смыслѣ всесторонняго регулированія поведенія гражданъ, такъ и въ смыслѣ возвышенія силы и независимости судовъ;

Развитіе функцій права далѣе сказывается: въ рѣзкомъ обособленіи моментовъ созданія, образованія права (der Rechtssetzung) съ одной стороны, и судебнаго примѣненія уже созданнаго права съ другой (§ 119);

въ организаціи принужденія, направленнаго на подчиненіе правовому порядку и основаннымъ на немъ судебнымъ рѣшеніямъ противниковъ таковаго порядка; слѣдствіемъ указанныхъ явленій развитія права служитъ вытѣсненіе самопомощи правительственною правовою помощью.

Значеніе поступательнаго движенія права съ указанной точки зрѣнія можно себѣ наглядно представить, сравнивая международное право съ внутреннимъ правомъ государствъ, спеціально съ частнымъ правомъ и гражданскимъ процессомъ. См. соотвѣтствующія главы. Ср. также § 318 и сл., § 410 подъ b.

§ 141.

Съ характеризованной стороной поступательнаго движенія права находится въ связи:

появленіе особаго класса юристовъ, признанныхъ толкователей права и главныхъ двигателей его дальнѣйшаго развитія, и — развитіе науки права.

§ 142.

Къ п. 2 § 137. Съ указанными условіями развитія внѣшней стороны права находится въ тѣснѣйшей связи развитіе его этической стороны.

Эта сторона содержитъ въ себѣ: а) приближеніе къ опредѣленному идеалу, согласно которому право должно казаться силою чуждой борьбѣ сталкивающихся интересовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ дружественной заинтересованнымъ въ этой борьбѣ; равнымъ образомъ оно должно найти нѣкоторый критерій, соотвѣтствующій въ фактическомъ и этическомъ отношеніи тому, что борющіеся считаютъ правдой, и что такимъ образомъ можетъ притязать на равномѣрную для нихъ обязательность;

в) постоянное развитіе того, что считается справедливымъ вообще и въ качествѣ таковаго признается правомъ;—это развитіе, сообразуясь съ

воззрѣніями и убѣжденіями наиболѣе культурныхъ народовъ и отдѣльныхъ лицъ, знаменуетъ собою явленіе прогресса.

По поводу приближенія права къ идеалу, въ качествѣ примѣра, можно указать на измѣненіе отношенія права къ нисшимъ соціальнымъ слоямъ въ различныя времена. Въ близкой связи съ этимъ находится изложенное въ § 138. Постоянное расширеніе области подпадающихъ господству права жизненныхъ отношеній находится въ зависимости отъ проникновенія въ право всѣми признаваемыхъ воззрѣній. Поэтому римское право въ свое время могло господствовать у многихъ народовъ только потому, что оно само получило переработку въ указанномъ направленіи, т. е. приняло и выразило тѣ общія начала, которыя пользовались признаніемъ у воспринявшихъ его народовъ. Сравни § 144. Что же касается постояннаго движенія въ развитіи идеи справедливаго, то прежде всего въ данномъ случаѣ нужно имѣть въ виду исторію уголовнаго права и господствовавшія въ немъ когда-то заблужденія всякаго рода (Божьи суды, пытку, преступленія колдовства, оскорбленія ересью Божества и т. п.).

§ 143.

Поступательное движеніе права, его прогрессъ, уменьшаетъ значеніе матеріальной силы тѣхъ, чьи отношенія право регулируетъ, равно какъ и колебанія въ распредѣленіи этой силы. Право въ высшей мѣрѣ становится оплотомъ слабыхъ.

Поучительный примѣръ истинности сказаннаго представляетъ, между прочимъ, исторія правовыхъ нормъ, касающихся взаимныхъ отношеній половъ, или исторія вліянія имущественнаго неравенства на правовое положеніе отдѣльныхъ лицъ. Здѣсь же умѣстно сравнить значеніе физической борьбы между различными народами изъ за ихъ юридическихъ отношеній со значеніемъ физической борьбы и силы между частными сосѣдями въ границахъ культурнаго государства. Сравни § 221 — 26, 241, 242, и международное право. Относительно упомянутыхъ границъ См. § 40, § 127 и Merkel, Recht und Macht.

§ 144.

Съ двоякимъ прогрессомъ права связано:

сближеніе правовыхъ системъ различныхъ народовъ, стоящихъ на родственной ступени развитія;

измѣненіе отношенія права къ другимъ элементамъ культуры въ смыслѣ болѣе рѣзкаго отграниченія области его господства, а также частичнаго расширенія и съуженія ея;

измѣненіе отношенія частей права другъ къ другу въ смыслѣ развивающейся дифференціаціи и измѣненія характера самого принужденія, принимающаго болѣе тонкія, болѣе цѣлесообразныя и болѣе связанныя закономъ формы.

Сравни относительно перваго упомянутаго пункта v. Ihering, Geist des römischen Rechts, § 5 и сл.; относительно другихъ пунктовъ: онъ же Das Schuldmoment im römischen Privatrechte 67.—Merkel, Zur Reform der Strafgesetze 69 (Sammlung S. 130).—Der Begriff der Strafe in seinen geschichtlichen Beziehungen 72. (Sammlung S. 236).—Ueber Akkreszenz und Dekreszenz des Strafrechts 73. (Sammlung S. 269).—Lehrbuch § 11, 72.—Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und

des geistigen Lebens der Völker, Strassburger Rektoratsrede 89 (Sammlung S. 536).— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht (Strassb. Festschrift für Ihering) 92. (Sammlung S. 687).

ВТОРАЯ ГЛАВА.

Юридическія отношенія.

§ 145.

Мы разсматриваемъ юридическія отношенія:
1) по ихъ признакамъ,
2) » » подраздѣленіямъ,
3) » » возникновенію.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Признаки юридическихъ отношеній.

I. Въ общемъ.

§ 146.

Юридическія отношенія (§ 5, 18 и сл.), въ ихъ простѣйшемъ видѣ, обнаруживаютъ активную и пассивную сторону: сторону правовой мощи и сторону правовой связанности.

Первая соотвѣтствуетъ охраняющимъ и обезпечивающимъ функціямъ права, вторая—повелѣвающимъ и ограничивающимъ.

Elemente § 20 f. Ihering, Geist III. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse 66. Учебники пандектнаго права, см. § 565.

§ 147.

Примѣръ: А. долженъ В. опредѣленную сумму. Первый представляетъ здѣсь пассивную сторону, сторону связанности, послѣдній—активную сторону, сторону правовой мощи.

§ 148.

Во многочисленныхъ юридическихъ отношеніяхъ очень часто какъ правовая мощь, такъ и правовая связанность лежитъ на обѣихъ сторонахъ.

§ 149.

Сюда, напр., относится юридическое отношеніе между отдающимъ въ наемъ помѣщеніе и нанимателемъ его. Каждый изъ нихъ обязанъ къ опредѣленнымъ дѣйствіямъ въ пользу другого и въ то-же время имѣетъ право со своей стороны требовать опредѣленныхъ дѣйствій отъ участника договора.

§ 150.

Юридическія отношенія по природѣ защищаемыхъ въ нихъ интересовъ въ различной мѣрѣ представляютъ просторъ и поводъ для регулирующей и индивидуализирующей дѣятельности объективнаго права *). Мы можемъ сообразно съ этимъ различить юридическія отношенія, находящіяся на высшей и на низшей ступени индивидуализаціи и юридическаго развитія.

§ 151.

Въ юридическихъ отношеніяхъ, сложившихся болѣе индивидуально, правовая сила находится обыкновенно въ тѣсной связи съ интересами и волей опредѣленныхъ лицъ (субъектовъ) (ср. § 179 и сл.); вслѣдствіе этого, въ смыслѣ своего возникновенія, существованія, ограниченія и осуществленія—она является предметомъ спеціальныхъ опредѣленій.

§ 152.

Такъ, въ юридическомъ отношеніи между нанимателемъ и сдающимъ помѣщеніе въ наймы существующая на каждой сторонѣ правовая сила находится въ тѣсной связи съ интересами и волею указанныхъ лицъ, чѣмъ и дается масштабъ для осуществленія этой силы. Одновременно же на соотвѣтствующихъ вслѣдствіе опредѣленій объективнаго права условіяхъ своего возникновенія, существованія, ограниченія и осуществленія данная сила получаетъ индивидуальный отпечатокъ.

§ 153.

Такая индивидуализованная правовая сила называется *«субъективнымъ правомъ»*.

§ 154.

Противоположность подобнымъ индивидуально сложившимся юридическимъ отношеніямъ имѣется тамъ, гдѣ объективное право занимается человѣческимъ интересомъ въ смыслѣ предоставленія ему не спеціальной, а только общей защиты.

§ 155.

Такое положеніе вещей получается при защитѣ интереса отдѣльныхъ лицъ: имѣть возможность свободно предаваться своимъ занятіямъ, посѣщать общество, предпринимать прогулки (въ опредѣленный часъ обѣдать).

Подобный интересъ подлежитъ правовой охранѣ постольку, поскольку произвольныя нарушенія его наказуемы опредѣленными уголовными законами болѣе общаго содержанія. (Законы объ оскорбленіяхъ, о нарушеніяхъ свободы). Поэтому правовая сила таковаго интереса не находится въ тѣс-

---

*) Подъ объективнымъ правомъ должно понимать совокупность отвлеченныхъ юридическихъ нормъ, регулирующихъ бытовыя отношенія и превращающихъ ихъ въ отношенія юридическія. *Ред.*

номъ соотношеніи именно съ его содержаніемъ; наоборотъ, она по существу своему ближе къ тѣмъ признакамъ, которые общи данному интересу со многими другими ему подобными. Въ виду сего, условія и предположенія, при которыхъ кто-либо можетъ стремиться къ удовлетворенію интересовъ указаннаго рода, не составляютъ также особаго предмета правовыхъ опредѣленій.

§ 156.

Точно также недостаетъ правовой индивидуализаціи въ вопросахъ охраны извѣстныхъ основъ нашей нравственности, правосудія и упорядоченнаго имущественнаго оборота.

Объективное право предоставляетъ этимъ интересамъ охрану отчасти посредствомъ общихъ опредѣленій полицейскаго характера, отчасти посредствомъ уголовныхъ законовъ, касающихся извѣстныхъ дѣяній, каковы, напримѣръ, кровосмѣшеніе, содомія, поддѣлка документовъ и монеты. Но вытекающая отсюда для нихъ правовая сила не отнесена къ опредѣленнымъ субъектамъ и не составляетъ предмета спеціальныхъ опредѣленій. Здѣсь отсутствуютъ для спеціальной нормировки поводъ, условія и предположенія, при которыхъ эти интересы должны получить значеніе. Дальнѣйшій примѣръ представляютъ интересы, охраненные взысканіями за жестокое обращеніе съ животными.

§ 157.

Признаки субъективнаго права здѣсь вездѣ появляются только вслѣдствіе нарушеній охраняемыхъ интересовъ, именно въ томъ видѣ, что изъ такихъ нарушеній для государства, или также для заинтересованнаго отдѣльнаго лица, возникаютъ правомочія субъективнаго характера, напр. право наложить на виновнаго наказаніе опредѣленнаго вида и размѣра.

§ 158.

Въ области указаннаго индивидуализированія правовой силы, сообщаемой отдѣльнымъ интересамъ объективнымъ правомъ, существуютъ многочисленныя различія и степени.

Внѣшнимъ образомъ это разнообразіе выражается прежде всего въ неустойчивости и колебаніи разговорнаго языка въ сферѣ обозначенія имъ границъ, въ которыхъ правовая сила должна быть обозначена, какъ право въ субъективномъ смыслѣ; далѣе — въ сферѣ спорныхъ вопросовъ, возникающихъ въ наукѣ по поводу опредѣленія таковыхъ границъ.

Такъ, напр., по поводу такъ называемыхъ „правъ свободы" или „основныхъ правъ", задаются вопросомъ, правильно-ли вообще называть ихъ правами.— Должно однако помнить, что 1) всѣ правовыя нормы касаются юридическихъ отношеній и создаютъ юридическія отношенія; 2) что во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ можно отличить сторону правовой силы правомочія отъ стороны обязанности, 3) что эта правовая сила можетъ получить болѣе или менѣе индивидуализированный видъ, 4) что понятіе и названіе субъективнаго права относятся лишь къ одной ступени этого индивидуализированія. Вопросъ же относительно того, какъ точнѣе отграничить эту ступень, не имѣетъ того научнаго значенія, которое ему обыкновенно придается.

II. Субъективное право въ особенности.

§ 159.

Субъективное право, согласно сказанному, также какъ и объективное право, есть *сила*, и именно сила, которая дается ради извѣстныхъ, предполагаемыхъ объективнымъ правомъ, *интересовъ* и, сообразно имъ, въ качествѣ орудія ихъ удовлетворенія, принимаетъ ту или другую форму.

Между прочимъ, были споры о томъ, сила-ли право или интересъ. Такъ или иначе, но въ данномъ случаѣ нужно представить себѣ силу въ ея отношеніи къ опредѣленному дѣйствію или бездѣйствію, дѣятельности или пользованію, и извѣстные интересы, ради которыхъ, охраняя ихъ, эта сила существуетъ, изъ которыхъ она почерпаетъ свою цѣнность и сообразно которымъ опредѣляется ея форма. Въ существѣ же дѣла право само по себѣ есть сила. Оно относится къ интересу, какъ крѣпость къ охраняемой странѣ.

Thon, Rechtsnorm und subj. Recht 78. Merkel, desgl. (Sammlung S. 373). Schuppe, Begriff des subj. R. 87 (сюда же Merkel, Sammlung S. 537). Jellinek, System der subj. öffent. Rechte 92. A. S. Schultze 1. c. S. 50 ff.

§ 160.

Предположенный интересъ можетъ быть интересомъ отдѣльнаго индивида или интересомъ множества лицъ, соединенныхъ подъ тѣмъ или другимъ именемъ (§ 186 и сл.).

§ 161.

Этотъ интересъ, далѣе, можетъ быть характеризованъ или болѣе осязательными признаками, какъ интересъ въ достиженіи, удержаніи, или въ пользованіи опредѣленными предметами, состояніями или отношеніями, или-же—болѣе отвлеченно, какъ интересъ свободнаго осуществленія воли и личнаго проявленія силы самихъ по себѣ. Часто той-же правовой нормой охраняются интересы обоего вида.

Такъ, право собственности предоставляетъ собственнику возможность съ одной стороны пользоваться вещью, съ другой стороны возможность всякаго иного свободнаго проявленія воли надъ нею и посредствомъ ея. При подраздѣленіи правъ указанное различіе по интересамъ теряетъ значеніе. Тѣмъ не менѣе его нельзя игнорировать самого по себѣ, такъ какъ при образованіи юридическихъ отношеній принимаемые во вниманіе матеріальные интересы съ одной стороны и интересъ свободнаго самоопредѣленія и проявленія силы съ другой—постоянно дѣйствуютъ или наряду другъ съ другомъ или даже часто другъ противъ друга. См. § 250.

§ 162.

Но право вездѣ заботится объ этихъ интересахъ лишь постольку, поскольку ихъ удовлетвореніе зависитъ отъ поведенія третьихъ лицъ.

§ 163.

Поэтому всякое субъективное право имѣетъ отношеніе къ третьимъ лицамъ, отъ которыхъ требуется и опредѣленное дѣйствіе, или активное

дозволеніе на совершеніе чего либо или пассивное бездѣйствіе. Въ этомъ-то и кроется содержащееся въ субъективномъ правѣ «притязаніе».

§ 164.

Отсюда слѣдуетъ, напримѣръ, что господство надъ вещью есть право только по отношенію къ третьимъ лицамъ, отъ которыхъ требуютъ уваженія его.

Согласно съ этимъ, при правѣ собственности отношеніе вещи къ ея собственнику само по себѣ для права безразлично. Право не заботится о томъ, вѣрно-ли ходятъ чьи-либо часы, не сбѣжала-ли чья-либо собака, не сбросила-ли лошадь своего хозяина и т. д. Нарушенія въ наслѣдованіи или пользованіи нашими вещами имѣютъ вездѣ юридическое значеніе лишь постольку, поскольку они могутъ быть сведены къ отвѣтственности за поведеніе третьихъ лицъ. То же самое нужно сказать и относительно другихъ предметовъ правовой охраны, напримѣръ, нашей чести, нашего здоровья. О правѣ на честь, на тѣлесную неприкосновенность мы говоримъ только въ смыслѣ возможности нарушенія этихъ благъ или охраняемыхъ въ нихъ интересовъ третьими лицами.

§ 165.

Сила субъективнаго права заключается въ томъ, что объективное право вмѣняетъ другимъ въ обязанность опредѣленное поведеніе и тѣмъ обезпечиваетъ исполненіе этой обязанности, возмѣщая ущербъ нарушенія нормъ посредствомъ свойственныхъ ему проявленій силы. (§ 43 и сл.).

Всякому субъективному праву нераздѣльно противопоставляется какая-нибудь правовая обязанность. Однако, въ обратную сторону не каждой правовой обязанности противополагается субъективное право, хотя всякой обязанности соотвѣтствуетъ нѣкоторая опредѣленная правовая сила. Прежде было много споровъ по вопросу о томъ, что считать болѣе раннимъ по своему происхожденію, правомочіе или правовую обязанность и разсматривать-ли первое вытекающимъ изъ втораго или второе изъ перваго. Пустое словопреніе! Равнымъ образомъ можно было-бы спросить, что возникло ранѣе: углы-ли въ треугольникѣ или противолежащія имъ стороны; или должно-ли въ монархіи считать ранѣе возникшемъ владычество монарха или подчиненность подданныхъ. Обязанность должника по займу возникла ни ранѣе, ни позже, чѣмъ соотвѣтствующее право вѣрителя по займу; право и обязанность возникаютъ одновременно, какъ элементы юридическаго отношенія, тою же самою правовою нормою связанныя съ тѣмъ же самымъ фактомъ.

§ 166.

Для индивидуальнаго образованія этой (правовой) силы необходимо, чтобы управомоченному были даны извѣстныя средства, посредствомъ которыхъ онъ могъ-бы привлечь обѣщанную правовую помощь и въ особенности повліять на осуществленіе правовыхъ послѣдствій нарушенія его права. Къ этимъ средствамъ относятся «жалоба», «протестъ».

§ 167.

Важнѣйшее изъ указанныхъ средствъ правовой помощи и возмѣщенія есть «*жалоба*»: существо ея заключается въ осуществленіи силы субъективнаго права посредствомъ и въ формѣ обращенія къ суду по поводу уже понесеннаго или еще ожидаемаго правонарушенія.

Вполнѣ вооруженное право содержитъ правомочіе на подобное обращеніе, слѣдовательно оно есть право «исковое» или «защищаемое судебнымъ порядкомъ».

Въ отношеніи вытекающаго изъ наказуемыхъ дѣяній права наказанія „жалоба" замѣняется „обвиненіемъ" (см. § 794). Относительно понятія жалобы см. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 77. Литература къ процессуальному праву §§ 786, 810.

§ 168.

«*Протестъ*» есть средство защиты извѣстныхъ правъ въ случаѣ нарушенія ихъ органами самого общества. Онъ содержитъ въ себѣ обращеніе за помощью къ выше стоящимъ общественнымъ органамъ.

§ 169.

Въ извѣстныхъ границахъ управомоченный можетъ осуществлять свое право самолично, принудительно и такимъ образомъ посредствомъ санкціонированной объективнымъ правомъ «*самопомощи*» сдѣлать излишней «правительственную правовую помощь» (§§ 33 и сл. 101 и сл.).

§ 170,

Въ современныхъ государствахъ важно различать именно самопомощь, въ смыслѣ только оборонительномъ, въ смыслѣ простого отраженія противоправныхъ нападеній, отъ самопомощи, направленной на проведеніе правовыхъ притязаній—самопомощи *наступательной*.

Первая, поскольку она нужна для самообороны, вообще является вполнѣ допустимой («необходимая оборона»); послѣдняя допускается принципіально только въ крайнихъ случаяхъ, т. е. тогда когда грозитъ серьезная опасность, а правительственная помощь не можетъ быть получена своевременно.

Примѣръ наступательной самопомощи: вѣритель удовлетворяетъ свое притязаніе тѣмъ, что онъ отнимаетъ у своего должника цѣнные предметы, ихъ отчуждаетъ и вырученное оставляетъ себѣ. Это дѣйствіе вообще недопустимо; исключеніе представитъ только тотъ случай, когда должникъ вознамѣрится сѣсть на корабль, отправляющійся въ Америку, при чемъ безъ немедленнаго вмѣшательства удовлетвореніе притязанія было-бы существенно затруднено, а правительственная помощь отсутствуетъ.

Широкое право самопомощи принадлежитъ собственнику, могущему отобрать обратно противоправно отнятое у него имущество (но только немедленно) (см. § 602).

III. Осуществленіе субъективнаго права въ особенности.

§ 171.

Относительно активной стороны юридическаго отношенія (§ 146 и сл.) возникаютъ слѣдующіе вопросы:

1. Чьи интересы составляютъ предметъ правовой охраны?
2. Кому надлежитъ право совершать дѣйствія, отъ которыхъ зави-

ситъ удовлетвореніе указанныхъ интересовъ и въ которыхъ проявляется предоставленная имъ правовая сила?

§ 172.

Нормальнымъ является такое положеніе, въ которомъ тотъ, чьи интересы составляютъ предметъ охраны, въ то-же время и предпринимаетъ упомянутыя подъ п. 2 дѣйствія; это лицо является носителемъ даннаго интереса.

Сюда, напр., относится случай, когда собственникъ вещи совершаетъ дѣйствія, при посредствѣ которыхъ вещь служитъ его интересамъ; этимъ обнаруживается внутренняя сторона силы права.

Именно, мы хотимъ оказать, что право и «осуществленіе» его совпадаютъ въ томъ-же лицѣ.

§ 173.

Осуществленіе права въ предѣлахъ отмежеванныхъ границъ обыкновенно бываетъ (§ 193 и сл.) вполнѣ свободно. Обладающій правомъ рѣшаетъ объемъ осуществленія по своему усмотрѣнію

Такимъ образомъ, собственникъ можетъ осуществлять силу, заключающуюся въ его правѣ, по своему усмотрѣнію, или, если пожелаетъ можетъ также оставить свое право безъ осуществленія.

§ 174.

Кстати нужно замѣтить, что понятіе носителя интереса и его представителя не всегда совпадаютъ, и представителю чужихъ интересовъ приходится осуществлять чужое право въ различномъ объемѣ.

При томъ и самое его отношеніе къ заинтересованному можетъ имѣть различный характеръ.

§ 175.

Такъ, прежде всего, сюда относится случай, когда обладатель права является дитятей или душевно-больнымъ. Важныя подходящія подъ понятіе осуществленія права дѣйствія въ подобномъ случаѣ должны быть производимы особыми представителями лицъ, обладающихъ правомъ въ качествѣ его непосредственныхъ носителей.

§ 176.

Затѣмъ, охраняемые интересы могутъ быть интересами совокупности ряда лицъ, напр. общины, тогда какъ осуществленіе права можетъ быть представлено нѣкоторымъ изъ нихъ, напр. общиннымъ чиновникамъ.

§ 177.

При существованіи различія между носителемъ охраненнаго интереса и его осуществителемъ (представителемъ) осуществленіе права обыкновенно не зависитъ отъ произвольнаго усмотрѣнія представителя, но опредѣляется объективными условіями: эти условія могутъ заключаться въ упол-

номочіи на представительство, данномъ со стороны того, чьи интересы и права представляются; равнымъ образомъ подобныя условія могутъ скрываться непосредственно въ самихъ подлежащихъ охранѣ интересахъ; наконецъ, ихъ можно найти въ правовыхъ нормахъ, подъ защитой которыхъ названные интересы нашли свою охрану. Случается, что при осуществленіи опредѣленныхъ правъ принимаются во вниманіе то тѣ, то другія изъ упомянутыхъ условій. Такъ, напр., дѣйствія общиннаго чиновника въ сферѣ его компетенціи могутъ быть обусловлены или непосредственно представляемымъ имъ интересомъ общины, или какимъ либо предписаніемъ права, стремящимся схватить и выразить подобный интересъ.

§ 178.

Обязанность представителя въ отношеніи осуществленія чужихъ правъ при извѣстныхъ условіяхъ въ лицѣ самого осуществителя можетъ сложиться въ самостоятельное право. Въ такомъ случаѣ къ праву носителя интереса присоединяется право его представителя: личное право осуществленія права чужого.

Такимъ образомъ, назначенный установленнымъ порядкомъ бургомистръ имѣетъ право осуществлять опредѣленныя права общины, а судья— права государства.

§ 179.

Нѣкоторыя особенности подобныхъ отношеній обнаруживаются въ дѣятельности, такъ называемыхъ, *«учрежденій»*, т. е. установленій, заботящихся о плодотворномъ пользованіи опредѣленными имуществами въ спеціальныхъ цѣляхъ на продолжительный срокъ и внѣ индивидуальнаго усмотрѣнія.

§ 180.

Примѣръ подобнаго учрежденія представляетъ «Институтъ Штеделя» въ Франкфуртѣ на Майнѣ, имѣющій цѣлью данное имущество на продолжительное время сдѣлать полезнымъ художественнымъ интересамъ.

§ 181.

Интересы, объ удовлетвореніи, охранѣ и представительствѣ которыхъ идетъ рѣчь, обыкновенно опредѣляются лишь внѣшнимъ образомъ, подобно тѣмъ, о которыхъ упоминалось въ §§ 155 и 156. Это не интересы того или другого индивидуально опредѣленнаго лица, но интересы художественные, научные или гуманные, имѣющіе значеніе въ извѣстной области и въ извѣстныхъ формахъ.

Различіе между заинтересованными и представителями здѣсь разумѣется само собою.

§ 182.

Особенность же настоящаго положенія заключается въ томъ, что при существованіи указанныхъ учрежденій осуществляются такія субъективныя

права, которымъ, повидимому, въ виду существованія одной лишь объективной охраны интересовъ, недостаетъ прямого субъекта.

Въ самомъ дѣлѣ, кто здѣсь является непосредственнымъ обладателемъ правъ? Кто является субъектомъ правъ собственности на имущества, обращаемыя Штеделевскимъ Институтомъ на пользу интересовъ неопредѣленнаго и неограниченнаго числа людей? Являются ли таковыми субъектами неуловимые непосредственные носители интересовъ, или осуществители права (представители) или, наконецъ, субъекта правъ здѣсь должно искать внѣ области интересовъ, ради которыхъ подобные учрежденія существуютъ и внѣ сферы дѣйствій, посредствомъ которыхъ самые интересы осуществляются?

Всякое право, несмотря на общій характеръ охраняющихъ интересы опредѣленій обладаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ уже указанными выше признаками индивидуализованной правовой силы. Поэтому право собственности „Учрежденій" является предметомъ такихъ же индивидуализованныхъ опредѣленій, какъ и права собственности отдѣльныхъ индивидовъ.

IV. Субъекты правъ въ особенности.

§ 183.

Современное право всякаго человѣка признаетъ субъектомъ правъ и правовыхъ обязанностей: всякій обладаетъ «правоспособностью», и потому съ точки зрѣнія права является «лицомъ».

Неправоспособныхъ людей (рабовъ, несвободныхъ) современное право болѣе не знаетъ.

§ 184.

Въ правѣ древнихъ народовъ принадлежность къ опредѣленному государству, сословію или церковному союзу, полъ, возрастъ и другія качества обосновывали общія модификаціи правоспособности. Теперь-же, въ области частнаго права, правоспособность (§§ 192 и сл.) принципіально независима отъ всѣхъ этихъ условій; но нѣкоторыя различія еще и теперь обусловливаются публичнымъ правомъ.

Въ частноправовой области изъ такихъ различій встрѣчается, напр., со стороны государственно-правовой необходимость соизволенія государства на пріобрѣтеніе поземельной собственности иностранцами.

§ 185.

Въ отношеніи того или другого даннаго права правообладающимъ субъектомъ должно считать того носителя интереса, которому предоставляется содержащаяся въ правѣ сила и который составляетъ руководящую нить для осуществленія права, безразлично—совершается ли это осуществленіе имъ самимъ или другими лицами (§§ 172 и сл.).

Съ послѣдующимъ сравни: Ihering, Geist III 317 ff. Zittelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen 73. Brinz, Lehrb. d. Pandekten. Demelius, in Iherings jahrb. IV. E. Bekker, cod. 1, XII 1, v. Lindgren, Die Grundbegriffe des Staatsrechts 69. Bierling, Kritik S. 74 ff. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, insb Bd. III. (Staats-und Korporationslehre des Altertums und des Mit-

telalters) 81; его же, Die Genossenschaftstheorie u. die d. Rechtswissenschaft 87; его же. Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe 89. Laband in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXX 469. Rosin, Recht der öffentl. Genossenschaft 86. Burckhard in Grünhuts Zeitschr. XVIII. G. Rümelin, Methodisches über jurist. Personen 91; его же, Zweckvermögen und Genossenschaft 92. Bernatzick въ Archiv f. öffentl. R. V. 169.

§ 186.

Субъектами правъ являются также государства, общины, церковныя общины, цехи и другія «корпораціи».

§ 187.

Предметомъ охраны здѣсь представляются общіе интересы, въ корпораціи и при посредствѣ ея дѣятельности требующіе своего удовлетворенія.

§ 188.

Носителемъ таковыхъ интересовъ является совокупность сочленовъ въ ихъ единеніи, ближе опредѣленномъ въ уставѣ корпораціи. Эта совокупность подразумѣвается всякій разъ, когда говорится о корпораціи и признаются ея права.

Такъ какъ соединеніе людей въ государствѣ не только мыслится отвлеченно, но кромѣ того въ дѣятельности соединенныхъ силъ, въ отношеніяхъ властвованія и подчиненія, въ общей зависимости отъ одинаковыхъ источниковъ счастія и несчастія имѣетъ для всѣхъ ощутительную дѣйствительность, то неразумно называть государство, какъ это часто случается, простой абстракціей—существомъ, лишь воображаемымъ. Такъ какъ, далѣе, это соединеніе постоянно, самымъ ощутительнымъ образомъ, приводитъ въ дѣйствіе индивидуализованную силу, признанную правомъ, въ видѣ безчисленныхъ субъективныхъ правъ, то столь-же превратно называть его воображаемымъ субъектомъ права.—Равнымъ образомъ всѣ прочія корпораціи суть не воображаемые, но дѣйствительные субъекты правъ.

§ 189.

Корпораціи, въ силу присущаго имъ свойства быть субъектами правъ, называются «*юридическими лицами*».

То же выраженіе примѣняютъ и къ «*учрежденіямъ*» (§ 179 и сл.).

§ 190.

Такъ какъ въ учрежденіяхъ непосредственные носители подлежащихъ интересовъ не связаны другъ съ другомъ корпоративно, не опредѣлены на передъ лично и потому отступаютъ въ дѣйствительности на задній планъ передъ установленіями, призванными осуществлять ихъ интересы, то и права въ подобныхъ случаяхъ просто приписываютъ самимъ этимъ установленіямъ.

Дѣйствительныхъ носителей интересовъ, ради которыхъ существуютъ самыя права, замѣщаетъ въ разговорномъ языкѣ эти права осуществляющая организація.

Этотъ способъ выраженія находитъ себѣ достаточное основаніе въ приведенныхъ обстоятельствахъ. Вмѣсто того, чтобы сказать: „данныя имущества принадлежатъ существующимъ на лицо и имѣющимъ явиться бѣднымъ, отвѣ-

чающимъ такимъ-то и такимъ условіямъ, причемъ названныя имущества получаютъ свое полезное назначеніе при посредствѣ Учрежденія для бѣдныхъ С. Маркса сообразно статутамъ названнаго учрежденія", мы говоримъ коротко: „эти имущества принадлежатъ учрежденію для бѣдныхъ С. Маркса". Такимъ способомъ юридическое отношеніе достаточно характеризуется со своей активной стороны.

Въ этомъ смыслѣ для обозначенія юридическаго отношенія не требуется ничего другого кромѣ того, что мы сообщаемъ объ охраняемыхъ интересахъ, и того, кѣмъ и какъ они осуществляются вмѣстѣ съ присущей имъ правовой силой. Спеціально было-бы безполезно доискиваться здѣсь на ряду съ прямыми носителями даннаго интереса и ихъ представителями иного какого-либо субъекта, который могъ бы считаться носителемъ субъективнаго права. Это однако дѣлалось и, такъ какъ въ дѣйствительности не могли найти такого субъекта, то полагали нужнымъ его вообразить. Но подобная фикція столь-же мало способствовала нашему разумѣнію природы обсуждаемыхъ отношеній и относящихся къ нимъ законовъ, какъ и разрѣшенію вопроса о субъектѣ корпорацій.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Подраздѣленія юридическихъ отношеній.

I. Частноправовыя и публичноправовыя отношенія (и права).

§ 191.

Подраздѣленіямъ *правовыхъ положеній* (§ 81 и сл.) соотвѣтствуютъ подраздѣленія *юридическихъ отношеній*.

Между ними важнѣйшее подраздѣленіе—на юридическія отношенія:

1. *Частноправовыя*, т. е. отношенія, соотвѣтствующія нормамъ частнаго права, и

2. *Публичноправовыя*, т. е. отношенія, соотвѣтствующія нормамъ публичнаго права. Отличительные признаки были вообще уже указаны въ §§ 85—97; здѣсь же слѣдуетъ развить ихъ спеціальнѣе по опредѣленнымъ направленіямъ.

§ 192.

1. Въ типичныхъ *отношеніяхъ частнаго права* находятся частныя лица, которымъ предоставляется охраненіе своихъ интересовъ по отношенію другъ къ другу путемъ свободныхъ распоряженій и соглашеній.

Сюда относятся отношенія найма между частными лицами, регулируемыя посредствомъ свободныхъ соглашеній, равнымъ образомъ отношенія между покупателями и продавцами, между заимодавцами и заемщиками.

§ 193.

Однако, встрѣчаются нѣкоторыя отклоненія отъ указаннаго общаго типа частноправныхъ отношеній безъ того, чтобы тѣмъ самымъ исключалось бы понятіе частноправности данныхъ отношеній, и эти отклоненія представляются въ двоякомъ видѣ:

a) въ видѣ ограниченія права частныхъ лицъ самостоятельно регулировать извѣстныя частноправныя отношенія:

b) въ видѣ существованія частноправныхъ отношеній съ субъектомъ въ лицѣ не частнаго лица, а государства, общины и т. п.

§ 194.

Къ a) Частныя лица могутъ подлежать ограниченіямъ въ области частнаго права:

α) въ силу того, что по возрасту, полу, бѣдственному положенію, ограничивающему ихъ свободу, или другимъ обстоятельствамъ они не могутъ считаться надежными представителями своихъ собственныхъ интересовъ. Право охраняетъ здѣсь ихъ интересы независимо отъ ихъ собственной воли и даже противъ воли, отрицая юридическое значеніе за невыгодными для нихъ распоряженіями и соглашеніями или соединяя послѣднюю съ особенными условіями. Сюда относятся, между прочимъ, ограниченія, которымъ подлежатъ малолѣтніе относительно заключенія частноправовыхъ обязательствъ.

§ 195.

Далѣе частныя лица подлежатъ ограниченіямъ

β) въ отношеніяхъ, при регулированіи которыхъ вмѣстѣ съ тѣмъ непосредственно затрогиваются публичные интересы. Сюда относятся, напр., ограниченія правъ супруговъ относительно расторженія брака (§ 94).

§ 196.

Къ b) Государства, общины, церковные союзы признаются правомочными и правообязанными лицами въ отношеніяхъ частнаго права, напр., въ качествѣ нанимателя или сдающаго въ наймы извѣстныя помѣщенія, въ качествѣ покупателя или продавца извѣстныхъ вещей.

Частноправовой характеръ соотвѣтствующихъ отношеній нисколько не исключается участіемъ въ нихъ общины или государства, такъ какъ къ отношеніямъ между участвующими субъектами (нанимателями и сдающими въ наймы, покупателями и продавцами и т. д.) прилагаются тѣ-же самыя начала, какія существуютъ въ подобныхъ же взаимныхъ отношеніяхъ частныхъ лицъ.

Относительно тѣхъ, кто представляетъ при этомъ упомянутыхъ субъектовъ имѣетъ силу сказанное въ § 177 и сл.

§ 197.

2. Нельзя не упомянуть, что и въ *публичноправовыхъ отношеніяхъ* сила, предоставляемая правомъ, имѣетъ по большей части форму субъективнаго права.

При томъ природа названныхъ отношеній часто создаетъ такое явленіе, что по отношенію къ извѣстному праву въ теченіе продолжительнаго времени приходится имѣть въ виду двухъ субъектовъ, именно—

самого носителя соотвѣтствующаго права и того, кто призванъ его осуществлять (§ 174 и сл.).

Нѣкоторые утверждали, что въ области публичнаго права не можетъ быть субъективныхъ правъ. Особенности этой части права, указанныя выше, (§ 87 и сл. съ чѣмъ нужно сравнить изложенное въ государственномъ правѣ), побудили представителей приведеннаго взгляда къ подобному предположенію. Эти особенности однако въ дѣйствительности не содержатъ ничего такого, что въ какомъ-либо пунктѣ расходилось съ природою субъективныхъ правъ.

§ 198.

Въ вышеприведенномъ случаѣ осуществленіе права обыкновенно бываетъ урегулировано особенными правовыми нормами и вмѣнено въ обязанность тому, кому оно ввѣрено.

При томъ преобладающей является слѣдующая точка зрѣнія: соотвѣтствующее лицо имѣетъ право предпринимать то или другое дѣйствіе для осуществленія опредѣленнаго права прямо въ силу своей обязанности.

Такимъ образомъ чиновникъ судебнаго вѣдомства, присяжный и шеффенъ управомочены осуществлять государственныя права, потому что въ опредѣленныхъ предѣлахъ они являются къ этому обязанными. Ихъ права есть оборотная сторона ихъ обязанностей.

§ 199.

Точно также въ тѣхъ случаяхъ, когда право и его осуществленіе въ области публичноправовыхъ отношеній совпадаютъ, распорядительная власть правообладателя всегда ограничена вслѣдствіе принимаемыхъ въ соображеніе публичныхъ интересовъ.

Сюда относятся, напр., права обвиняемыхъ въ уголовномъ процессѣ. Дѣйствіе этихъ правъ не можетъ быть устранено отреченіемъ отъ нихъ правообладателя; они осуществляются отчасти даже противъ воли обвиняемаго (см. уголовный процессъ).

II. Абсолютныя (вещныя) и относительныя (личныя) права.

§ 200.

Частноправовыя и публичноправовыя отношенія можно по существу предоставляемыхъ притязаній раздѣлить на двѣ группы.

Въ одной группѣ правообладателю противопоставляется отдѣльный опредѣленный субъектъ или нѣкоторое число столь же опредѣленныхъ субъектовъ, отъ которыхъ требуется опредѣленное поведеніе, составляющее предметъ самого притязанія.

Въ другой группѣ правообладателю противополагаются всѣ прочія лица, конечно, постольку, поскольку дающія субъекту правовую защиту опредѣленія права могутъ проявить обязательную для нихъ силу.

§ 201.

Въ первой группѣ находится, напр., вѣритель, который по отношенію къ опредѣленному индивиду имѣетъ притязаніе на уплату данной ему денежной суммы.

Права подобнаго рода называютъ «относительными» или «личными», такъ какъ ихъ нельзя характеризовать in concreto безъ того, чтобы не указать на лицо обязанное.

§ 202.

Ко второй группѣ относится, напр., собственникъ вещи. Лежащее въ его правѣ притязаніе направляется противъ всѣхъ; всѣ обязаны уважать его господство надъ вещью.

Права подобнаго рода называютъ «абсолютными», «не личными» и, поскольку вопросъ заключается въ господствѣ надъ вещами, «вещными» правами (см. § 536).

Такія права можно характеризовать in concreto безъ указанія обязанныхъ лицъ.

III. Переносимыя и не переносимыя права.

§ 203.

Частноправовыя, какъ и публичноправовыя отношенія, можно далѣе различать по переносимости или непереносимости относящихся къ нимъ правъ и обязанностей.

§ 204.

Именно, нѣкоторыя права бываютъ неразрывно связаны съ ихъ субъектомъ.

Сюда относятся взаимныя права родителей и дѣтей и супруговъ (напр., право мужа на приданое жены при общности управленія, § 712).

Подобное же правовое положеніе можетъ возникнуть изъ нѣкоторыхъ обязательствъ. Такъ, если непереносимы взаимныя обязанности выше упомянутыхъ лицъ, то непереносима также и обязанность преступника подвергнуться наказанію, которымъ грозитъ ему законъ за совершенное преступленіе.

§ 205.

Прочія права можно переносить съ одного субъекта на другого. Поэтому вообще переносимо право собственности на вещь (§ 592) или какое либо требованіе (§ 642).

Съ другой стороны преемничество вообще можетъ существовать и въ отношеніи обязанностей. Такъ, обязанность уплаты займа переходитъ съ должника на его наслѣдниковъ. Также при жизни должника другой можетъ вступить въ его обязанность по займу (§ 644).

ТРЕТІЙ ОТДѢЛЪ.

Возникновеніе юридическихъ отношеній.

I. Общія замѣчанія.

§ 206.

Если должно возникнуть юридическое отношеніе опредѣленнаго рода, то должны быть даны извѣстные факты, указанные объективнымъ правомъ, «юридическіе факты».

Совокупность этихъ рѣшающихъ для возникновенія юридическаго отношенія опредѣленнаго рода фактовъ называютъ юридическимъ «составомъ фактическихъ предположеній»; возникающее же юридическое отношеніе— «правовымъ послѣдствіемъ» или «правовымъ дѣйствіемъ» его.

Elemente § 22 сл. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 79. Bierling, Kritik II 256.

§ 207.

Юридическіе факты раздѣляются на двѣ главныя группы:

I. юридическія дѣйствія и

II. прочіе юридическіе факты.

§ 208.

Сюда относящіяся *дѣйствія* опять распадаются на двѣ главныя группы, именно на:

1. *Дѣйствія тѣхъ лицъ, которыя въ возникающихъ юридическихъ отношеніяхъ участвуютъ*, какъ лица заинтересованныя или какъ ихъ представители; и

2. *Дѣйствія правительственныя*—дѣйствія властей, стоящія надъ заинтересованными лицами.

§ 209.

1. *Дѣйствія лицъ, участвующихъ* въ юридическихъ отношеніяхъ, распадаются на:

a) юридическія сдѣлки,

b) правонарушенія,

c) прочія дѣйствія.

§ 210.

a) *Юридическія сдѣлки* суть опредѣленныя дѣйствія участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ, направленныя на то, чтобы извѣстныя юридическія отношенія привести въ согласіе съ объективнымъ правомъ (или въ извѣстныхъ случаяхъ его дѣйствіе устранить или отмѣнить).

Какъ при сдѣлкахъ, такъ и при правонарушеніяхъ мы ближайшимъ образомъ имѣемъ въ виду опредѣленныя дѣйствія тѣхъ лицъ, ради которыхъ возникаютъ юридическія обязанности и права. Это возникновеніе однако всегда

связано съ извѣстными дальнѣйшими предположеніями, лежащими внѣ осуществленія воли упомянутыхъ лицъ. Таковымъ положеніе бываетъ, напр., при покупкѣ предмета, которымъ можно распорядиться при помощи купли (см. § 666). Обсуждаемыя обстоятельства принадлежатъ къ „фактическому составу" (§ 206) данной сдѣлки или правонарушенія. Строго говоря, къ вышеприведенному опредѣленію юридической сдѣлки слѣдовало бы присоединить слова: „вмѣстѣ съ фактами, отъ которыхъ она зависитъ, при томъ съ тѣмъ, чтобы самыя дѣйствія соотвѣтствовали характеру сдѣлки". Обыденная рѣчь, однако, допускаетъ слово „юридическая сдѣлка" относить только къ самымъ дѣйствіямъ, какъ это и сдѣлано выше.

§ 211.

Примѣромъ юридической сдѣлки можетъ служить соглашеніе между нанимателемъ и сдающимъ въ наймы (договоръ найма). Наемъ представляетъ собою дѣйствіе, направленное на то, чтобы въ согласіи съ объективнымъ правомъ установить юридическія отношенія опредѣленнаго рода между дѣйствующими лицами, со своей стороны обладающими для соотвѣтствующей дѣятельности всѣми обусловленными правомъ данными.

§ 212.

b) *Правонарушенія* суть дѣйствія, создающія юридическія отношенія путемъ своего противорѣчія съ требованіями нормы.

Правонарушенія отличаются отъ юридическихъ сдѣлокъ въ двоякомъ смыслѣ: при правонарушеніи субъектъ преслѣдуетъ цѣли противорѣчащія требованіямъ права, но вмѣстѣ съ тѣмъ вызываемыя правонарушеніемъ правовыя послѣдствія, въ свою очередь, противорѣчатъ преступнымъ цѣлямъ.

Послѣднее положеніе не примѣнимо къ правонарушеніямъ, которыя основываются на простой небрежности (§§ 262, 264 и сл).

§ 213.

Такъ, цѣль кражи заключается въ томъ, чтобы осуществить интересы крадущаго противнымъ праву путемъ; юридическія же отношенія, которыя она вызываетъ—ея «юридическія послѣдствія»—разсчитаны на то, чтобы выполнить цѣли права въ противорѣчіи съ намѣреніями вора (§ 53).

§ 214.

c) Нѣкоторыя дѣйствія, совершаемыя въ чужомъ интересѣ вызываютъ опредѣленныя юридическія отношенія между субъектомъ права и представителемъ, хотя на лицо не имѣется признаковъ ни юридической сдѣлки, ни признаковъ правонарушенія. Примѣры см. въ §§ 673—83.

§ 215.

2. *Правительственныя дѣйствія* распадаются на двѣ главныя группы:

a) Дѣйствія правительства въ собственномъ смыслѣ,
b) Судейскія рѣшенія.

§ 216.

a) Примѣръ *дѣйствія правительства* представляетъ перенесеніе судейскихъ правъ на опредѣленную личность. Таковымъ перенесеніемъ создаются юридическія отношенія съ одной стороны между данной личностью и государствомъ, а съ другой стороны между нею и опредѣленными частными лицами.

§ 217.

b) *Судейскія рѣшенія* имѣютъ значеніе не сами по себѣ, а только въ связи съ юридическими сдѣлками, правонарушеніями и правительственными распоряженіями (§ 208 и сл.); они только закрѣпляютъ вызванныя указанными дѣйствіями юридическія отношенія и придаютъ имъ незыблемую форму.

§ 218.

Такимъ образомъ юридическія отношенія, возникающія изъ оскорбленія, разбоя, поджога получаютъ свойства непререкаемости только при посредствѣ судейскаго рѣшенія (§ 342 и сл.).

§ 219.

II. Между *прочими юридическими фактами* должны быть названы прежде всего рожденіе и смерть, какъ источники постояннаго движенія въ мірѣ юридическихъ отношеній.

Человѣкъ съ момента своего рожденія является субъектомъ правъ. Такъ, уже новорожденные обладаютъ правами по отношенію къ своимъ родителямъ.

Смерть разрушаетъ нѣкоторую часть правъ человѣка, но большей части имъ предоставляется перейти къ пережившимъ (см. § 721).

§ 220.

Большое значеніе имѣетъ далѣе какъ самое фактическое возникновеніе извѣстныхъ отношеній, такъ и опредѣленная продолжительность ихъ существованія.

§ 221.

Отношенія владѣнія и господства находятъ въ различныхъ областяхъ права защиту, смотря по присущимъ имъ признакамъ, независимо отъ способа своего возникновенія.

Право предоставляетъ имъ охрану, согласно своей задачѣ—дѣлать данныя отношенія элементами мирнаго порядка, по скольку въ нихъ самихъ для того имѣется достаточно условій.

Сравни отдѣлъ о владѣніи, § 601 и сл., въ особенности 610.

§ 222.

Цѣнность, съ указанной точки зрѣнія придаваемая подобнымъ отношеніямъ господства и владѣнія, повышается, если они долгое время остаются неоспариваемыми и связываются съ совокупностью другихъ юридическихъ отношеній такимъ образомъ, что они сами не могутъ быть устранены безъ глубоко затрогивающихъ область права замѣшательствъ.

§ 223.

Такъ, въ публичномъ правѣ всѣхъ народовъ вначалѣ чисто фактическія отношенія господства и владѣнія, иногда даже завѣдомо зиждущіяся на насиліи, постепенно превратились въ отношенія юридическія и съ теченіемъ времени пріобрѣли всю святость, свойственную юридическимъ отношеніямъ.

Исторія отношеній частнаго права всѣхъ народовъ заключаетъ въ себѣ подобные-же случаи.

§ 224.

Въ предѣлахъ же упроченнаго мирнаго государственнаго порядка факты, вновь создающіе или уничтожающіе тѣ или другія отношенія господства и владѣнія, получаютъ признаніе въ зависимости отъ существующихъ между ними различій въ ихъ внутренней цѣнности. Въ этихъ случаяхъ право пользуется большей самостоятельностью въ отношеніи названныхъ фактовъ, а потому и обладаетъ болѣе повышенной силой для примѣненія критическаго мѣрила, въ смыслѣ необходимаго воспрепятствованія въ томъ или другомъ объемѣ или въ смыслѣ соотвѣтствующаго поощренія.

И здѣсь, собственно, оно также не является производительною силою. И въ этихъ условіяхъ право не вызываетъ, но только регулируетъ движеніе жизни; но по мѣрѣ развитія повышается его способность и призваніе удерживать упомянутое движеніе въ такихъ формахъ или даже втискивать его въ такія рамки, которыя соотвѣтствуютъ общимъ интересамъ и нравственнымъ убѣжденіямъ (§ 243).

§ 225.

Въ международной области, гдѣ не существуетъ упроченнаго мирнаго порядка, право обнаруживаетъ только незначительную самостоятельность какъ относительно данныхъ отношеній господства и владѣнія, такъ и относительно формъ ихъ обоснованія. Оно также признаетъ узурпатора, какъ и законнаго властителя, и цѣнитъ отношенія, созданныя войною, не взирая на то имѣла-ли война характеръ хищнической или велась ради законной защиты правъ.

Наоборотъ, право въ области жизни отдѣльнаго государства вездѣ проводитъ различіе между разбоемъ и закономѣрнымъ пріобрѣтеніемъ, между фактическимъ насильникомъ и законнымъ властителемъ.

Merkel, Recht und Macht 1 c.

§ 226.

При господствѣ мирнаго порядка тотъ, кто располагаетъ только фактическимъ положеніемъ господства, при столкновеніи долженъ уступить мѣсто тому, кто предъявитъ извѣстныя притязанія, основанныя на фактахъ юридической а потому и большей цѣнности.

Если противъ фактическаго владѣльца не будутъ выставлены подобные факты, то фактическій осуществитель права тѣмъ самымъ становится предметомъ правовой охраны (см. §§ 598 и сл.).

§ 227.

Также наилучшимъ образомъ обоснованное право можетъ утратиться, если содержащаяся въ немъ сила въ теченіе долгаго времени не получала примѣненія.

§ 228.

Значеніе истеченія времени для пріобрѣтенія (§ 222 и сл.) и для утраты (§ 227) правъ и юридическихъ отношеній получаетъ свое выраженіе въ ученіи о «давности».

Давность раздѣляется на пріобрѣтательную и разрушительную (погасительную).

Относительно главнаго вида первой (пріобрѣтеніе собственности путемъ владѣнія) см. § 608 и сл., относительно вида послѣдней (давность судебнаго преслѣдованія) § 772.

Въ правовыхъ нормахъ, относящихся къ давности и вліянію права на фактическія отношенія господства и владѣнія, сказывается относительная цѣнность юридическихъ фактовъ по отношенію къ задачѣ, подлежащей разрѣшенію права.

II. Юридическія сдѣлки и правонарушенія.

Что они имѣютъ общаго.

§ 229.

Юридическія сдѣлки и правонарушенія въ важныхъ отношеніяхъ разсматриваются съ одинаковыхъ точекъ зрѣнія, а именно:

1. Съ точки зрѣнія ихъ фактическаго состава —
2. Ихъ правового дѣйствія или правовыхъ послѣдствій.

1. Относительно фактическаго состава.

§ 230.

Къ фактическому составу какъ юридическихъ сдѣлокъ, такъ и правонарушеній, относится поведеніе (дѣятельность), затрогивающее охраняемые правомъ интересы третьихъ лицъ или общества.

§ 231.

Согласно изложенному тезису, мысли и предположенія, намѣренія и образъ мыслей безразличны для права., поскольку они не получаютъ внѣшняго выраженія, имѣющаго значеніе для охраняемыхъ правомъ интересовъ (§ 77).

§ 232.

Съ другой стороны однако то или другое воздѣйствіе на указанные интересы признается юридическимъ лишь постольку, поскольку оно находится въ причинной связи съ внутреннимъ (духовнымъ) состояніемъ дѣйствующаго лица и можетъ быть сведено къ проявленію его воли.

Юридическія сдѣлки и правонарушенія суть «дѣйствія». По этому происшествіе, т. е. явленіе въ образованіи котораго не участвуетъ воля лица—напр. тѣлесное движеніе, вынужденное механическою силою—ни въ цѣломъ, ни въ части не составляетъ дѣйствія этого лица.

Слово правонарушеніе иногда неправильно примѣняютъ къ происшествіямъ, въ которыхъ не участвуетъ воля лица и, слѣдовательно, не имѣется дѣйствія. См. объ этомъ 260 прим.

§ 233.

Независимо отъ того для существованія понятія юрид. сдѣлки или правонарушенія необходимо, чтобы лицо въ моментъ совершенія дѣянія сознавало его фактическое и юридическое значеніе: оно должно обладать «правовою способностью различенія», какъ вообще, такъ и спеціально по отношенію къ данному факту.

§ 234.

Эта способность различенія отсутствуетъ, между прочимъ, у ребенка. Но, и находясь вообше въ наличности, тѣмъ не менѣе въ томъ или другомъ случаѣ она можетъ быть не принимаема во вниманіе или въ виду полнаго опьяненія субъекта или въ виду другихъ обстоятельствъ.

§ 235.

Личность должна быть, далѣе, господиномъ своихъ душевныхъ силъ и, согласно этому, должна быть въ состояніи дѣйствовать соотвѣтственно своему характеру; она должна, говоря иначе, обладать «способностью самоопредѣленія» или «свободою своей воли».

Это условіе также отсутствуетъ у ребенка. Кромѣ того оно можетъ въ данную минуту отсутствовать въ виду нѣкоторыхъ особенныхъ обстоятельствъ и у взрослаго человѣка (опьяненіе, душевная болѣзнь и т. д.).

Если мы говоримъ о комъ нибудь, что онъ дѣйствовалъ со „свободнымъ самоопредѣленіемъ“ или со „свободою воли“, то этимъ подтверждаемъ: 1) отсутствіе внѣшнихъ и внутреннихъ препятствій для проявленія присущихъ дѣятелю духовныхъ силъ, и 2) что въ данномъ дѣйствіи проявилась мощь дѣйствовавшей личности, мощь, существо которой можетъ быть выяснено анализомъ душевныхъ особенностей субъекта дѣйствія.

§ 236.

Если указанныя условія у личности имѣются, то право считаетъ совершившійся фактъ *ея дѣяніямъ*; это дѣяніе вмѣстѣ съ послѣдствіями и оставится ей на счетъ, *вмѣняется* въ заслугу или въ вину.

Изъ обширной литературы о дѣеспособности и вмѣняемости: Merkel, Elemente § 22. Lehrbuch §§ 19, 26 сл.—Gutachten über den Entw. eines d. Strafgesetzb-für den g. d. Juristentag 71 (Sammlung S. 205). Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft I, 580 (Sammlung S. 430).—„Rechtliche Verantwortlichkeit," въ „Aula" 98 (Sammlung S. 873). — Binding, Normen II, 11. Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900. Berner, Grundlinien der Kriminalist. Imputationslehre 43. Wahlberg, Grundzüge der strafrechtl. Zurechnungslehre Ges. Schr. I, 75. Hrehorowicz, Grundlagen und Grundbegriffe des Srtrafr. 82. Rée, D. Illusion der Willensfreiheit. Glaser, Zurechnungs-fähigkeit, Willensfreiheit Gewissen und Strafe 87 (сюда же Merkel, Sammlung S. 554). Bünger, Vorstellung, Wille u. Handlung 88, Pfenninger, Grenzbestimmungen der Kriminalist-Imputationslehre 92. Thyren, Abhandl aus Strafr. u. Rechtsphilosophie, II, 94. Träger, Wille, Determinismus, Srafe 95. v. Lisst, D. strafrechtl. Zurechnunofähigkeit, въ его Zeitschr. XVII. 70 (срав. v. Calcer, D. Juristenzeitung II, 28). Höfler, 7 Thesen zu Leizts Vortrag 97. Gretener, Zurechnungfähigkeit als Gesetzgebungsfrage 97.—Herbart, Zur Lehre von der Freiheit des menschlichen Willens, въ его сочин. IX, 241. Sigwart, Begriff des Wollens und sein Ferhältnis zu dem Begriff der Ursache 79 Laas, Die Kausalität des Ich, und Vergeltung u. Zurechnung, in der Vierteljahrsschr. f. wissenschaftl. Philosophie IV, V, 80 f. Kuno Fischer, Die menschliche Freiheit 88.—Volkman v. Volkmer, Lehrb. d. Psychologie II, 452, 76. Krafft-Ebing, Erdzüge d. Kriminal-Psychologie 82. Gross, Kriminal-psychologie 98. Casper-Liman, Hdb. d. gerichtl. Medizin 8. A. 89. Wharton, a treatise on mental insoundness, Philad. 73. Maudsley, Zurechnungsfähigkeit d. Geistes-Kranken 75. Forel, Srafrechtl. Bedeutung des Hypnotismus, Lieszts Zeitschr IX 131. Lombroso, Der verbrecherische Mensch, deutsch. vom Fränkel 87. Endemann, „Einführung in das Studium des B.*) § 28 ff.

§ 237.

Лицо, обладающее вышеупомянутыми качествами, въ смыслѣ права «дѣеспособно», т. е. способно при посредствѣ своихъ дѣйствій вызывать юридическія послѣдствія сообразно своимъ цѣлямъ; вмѣстѣ съ тѣмъ оно также «вмѣняемо», т. е., является субъектомъ, которому право опредѣленныя происшествія, при случаѣ, «вмѣняетъ» въ вину или заслугу (§ 236).

О дѣеспособности говорится преимущественно, когда рѣчь идетъ о юридическихъ сдѣлкахъ, сообразно ихъ назначенію (отчего, напримѣръ, Гражданское уложеніе Герм. Имперіи говоритъ вообще о «дѣеспособности въ отношеніи сдѣлокъ»; вмѣняемость упоминается обыкновенно по поводу правонарушеній (§ 260), въ соотношеніи съ затрогиваемыми ими интересами. Въ послѣднемъ случаѣ говорятъ о «дѣеспособности къ проступкамъ» въ смыслѣ способности быть субъектомъ вмѣненія, т. е. отвѣтственности за недозволенныя дѣйствія—проступленія.

Дѣеспособность и вмѣняемость слѣдуетъ отличать отъ правоспособности (§ 183). Дитя и душевнобольной хотя и правоспособны, такъ какъ они могутъ

---

*) Подъ В. у Меркеля нужно понимать Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutshen Reich.

быть обладателями правъ и правовыхъ обязанностей, но не дѣеспособны и не вмѣняемы; поэтому принадлежащія имъ права должны осуществляться ихъ законными представителями (отцомъ, опекуномъ, § 175, 715) и нарушенія чужихъ интересовъ имъ не вмѣняется въ вину.

§ 238.

Уразумѣніе правовой жизни (§§ 233, 234) и сила самоопредѣленія (§ 235) въ юности не даются сразу, но подлежатъ постепенному дѣйствію закона развитія. Вопросъ, съ какого момента въ данномъ случаѣ можно говорить о наступленіи дѣеспособности и вмѣняемости, не разрѣшается единообразно. Въ отношеніи юридическихъ сдѣлокъ часто выставляются одни условія,—въ отношеніи правонарушенія—другія; кромѣ того, въ самой сферѣ юридическихъ сдѣлокъ условія мѣняются въ зависимости отъ частнаго характера юридическихъ отношеній.

Такъ, по Гражданскому Уложенію Германской Имперіи полная „дѣеспособность въ отношеніи сдѣлокъ наступаетъ только съ совершеннолѣтіемъ (съ достиженіемъ 21 года, § 716), между тѣмъ, какъ съ 7 до 21 года признается лишь ограниченная гражданская дѣеспособность, и въ теченіе этого времени для большинства дѣйствій необходимо согласіе законнаго представителя малолѣтняго; полная же дѣеспособность къ проступкамъ наступаетъ по достиженіи субъектомъ полныхъ 18 лѣтъ“ *).

2. *Дѣйствіе права или юридическія послѣдствія.*

§ 239.

Юридическія послѣдствія юридическихъ сдѣлокъ и правонарушеній обладаютъ общими признаками, поскольку они обращаются противъ самого дѣйствующаго лица и пріобрѣтаютъ значеніе, противное его волѣ.

§ 240.

Въ данномъ случаѣ предѣлы послѣдствій какъ юридич. сдѣлокъ, такъ и правонарушеній въ томъ-же смыслѣ находятся въ зависимости отъ общаго склада интересовъ (и этическихъ оцѣнокъ, § 41), получающихъ свое выраженіе въ правѣ.

§ 241.

Что-же касается до разрѣшенія вопроса, какія нормы соотвѣтствуютъ названнымъ интересамъ, законодателю выпадаетъ одинаковая задача какъ относительно юридическихъ сдѣлокъ, такъ и правонарушеній.

Именно, въ обоихъ случаяхъ главнымъ образомъ ему приходится не открывать что-либо новое и не создавать, а только предоставлять возможность свободнаго осуществленія индивидуальнымъ и общественнымъ силамъ, подчиняя ихъ своему руководящему, отграничивающему, регулирую-

*) По русскому законодательству полная гражданская дѣеспособность наступаетъ съ 21 года; абсолютная недѣеспособность считается до 17 лѣтъ, послѣ 17 л.—относительная.

щему, а подчасъ и вообще облагораживающему—улучшающему влiянiю, (см. § 224).

§ 242.

Въ виду вышеизложеннаго, связь между разсматриваемыми дѣйствiями съ одной стороны и ихъ послѣдствiями, обращающимися противъ самихъ дѣйствующихъ лицъ, съ другой—не устанавливается только чистымъ произволомъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ своемъ существѣ также не зависитъ и отъ вмѣшательства законодателя. Гарантiи наступленiя названныхъ послѣдствiй скорѣе заключаются въ закономѣрномъ соотношенiи индивидуальныхъ и социальныхъ силъ; это-же соотношенiе въ то же время является рѣшающимъ для общаго характера указанныхъ послѣдствiй.

Руководящее и умѣряющее влiянiе законодательства и вообще всякаго объективнаго права не устраняетъ отмѣченной психологической связи, такъ какъ само законодательство находится въ зависимости отъ указанныхъ силъ.

Если бы, напр., въ какой-либо странѣ подъ влiянiемъ тѣхъ или другихъ причинъ уголовная юстицiя прекратила свою дѣятельность, то отсюда вовсе не вытекало бы, что тогда преступленiя болѣе не влекли бы за собою никакихъ невыгодныхъ послѣдствiй для преступника; въ дѣйствительности только вмѣсто урегулированныхъ, равномѣрныхъ, приспособленныхъ къ общимъ интересамъ и этическимъ воззрѣнiямъ и выполняемыхъ безпристрастными органами правосудiя карательныхъ актовъ, послѣдовала бы борьба съ преступленiемъ безпорядочная, неравномѣрная, то переступающая всякую мѣру, то безсильная или исключительно партiйная. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ толпа отправляла бы функцiи правосудiя въ грубыхъ формахъ, въ видѣ суда Линча, въ другихъ случаяхъ на помощь обиженному шла бы „частная месть" и т. д. Исторiя общественной жизни не оставляетъ въ этомъ отношенiи никакого сомнѣнiя.

Замѣчательно, что именно относительно преступленiй оспаривали существованiе естественной связи между дѣйствiемъ и послѣдствiемъ дѣянiя, хотя общiй опытъ обнаруживаетъ отсутствiе такой связи рѣже всего именно въ этой области права. Полагали, что эта необходимая связь здѣсь устанавливается только волею законодателя.

Но, вѣдь, еще до существованiя уголовнаго законодательства преступленiя уже вызывали извѣстное противодѣйствiе, и влiянiе развивавшагося законодательства касалось, главнымъ образомъ, только формъ, а не существа подобнаго противодѣйствiя. Съ помощью законодательства формы самопомощи вытѣсняются формами упорядоченнаго осуществленiя права и т. д. И даже въ настоящее время ни фактъ, ни энергiя общественныхъ противодѣйствiй преступленiямъ не зависятъ отъ произвола законодателя.

Нѣкоторыхъ вводитъ въ заблужденiе тотъ подмѣченный фактъ, что для кражи, разбоя и т. п. нельзя вывести подходящаго наказанiя изъ какого-либо отвлеченнаго принципа. Отсюда выводятъ ложное заключенiе, будто бы для наказанiя преступленiй не существуетъ естественной мѣры и что поэтому вся связь между преступленiями и наказанiями искусственна.

Если бы дѣло обстояло бы такъ, какъ думаютъ представители приведеннаго взгляда, то, между прочимъ, было бы невозможно рѣшить другой, ближайшiй къ данному, вопросъ: почему нигдѣ не устанавливается одинаковаго наказанiя для проступковъ, отчего убiйство и государственную измѣну всюду наказываютъ строже, чѣмъ оскорбленiя или поврежденiя чужого имущества; и какъ вообще объясняется всеобщiй фактъ существованiя наказанiя, при наличности неоконченнаго спора объ его цѣляхъ?

Естественная связь уголовныхъ дѣяній и ихъ послѣдствій, разумѣется, не есть какой-либо теоретическій принципъ, но лишь созданіе силы реальныхъ факторовъ, влiятельныхъ интересовъ и зависящихъ отъ нихъ аффектовъ.

Относительно юридическихъ сдѣлокъ большинство согласно, что наступленіе и природа юридическихъ послѣдствій находитъ свое объясненіе далеко не въ одномъ только актѣ законодательной воли. Если бы законодатель нигдѣ не былъ бы обязательно связанъ устойчивой природой существующихъ интересовъ и силъ, то трудно было бы объяснить всю внутреннюю стройность великаго зданія частнаго права.

Впрочемъ, нѣкоторые держатся того воззрѣнія, что и въ данномъ случаѣ активнымъ элементомъ также является собственно одинъ только законъ, и что только онъ связываетъ дѣянія и послѣдствія другъ съ другомъ.

Посмотримъ, что истиннаго въ подобномъ взглядѣ.

То явленіе, которое послѣдствіямъ сдѣлки или правонарушенія придаетъ юридическое значеніе, есть, само собою разумѣется, объективное право. Только объективное право фактическую сдѣлку дѣлаетъ юридическою, злодѣянію придаетъ свойство правонарушенія. Если понимать дѣло только такимъ образомъ, то формула разсматриваемаго воззрѣнія представитъ собою одну ошибочную тавтологію. Если же, наоборотъ, представить себѣ самую сущность юридическихъ послѣдствій зависящей отъ закона матеріально, а не въ смыслѣ только способности нормироваться и быть опеспечиваемымъ правомъ, т. е. получать юридическій характеръ, то получится прямое заблужденіе. Законъ и вообще нормы права суть формы, въ которыхъ единообразно дѣйствуетъ сумма встрѣчающихся физическихъ силъ. Если бы законы были уничтожены, то дѣятельность этихъ силъ этимъ вовсе не была бы устранена; она стала бы, какъ уже было замѣчено выше, лишь неувѣреннѣе и неравномѣрнѣе и оказалась бы связанной различными другими формами выраженія. Указанныя силы, затѣмъ, нигдѣ не дѣйствуютъ только въ формѣ закона, но одновременно въ самыхъ разнообразныхъ видахъ. Вспомнимъ, хотя бы объ обязательной силѣ сдѣлки займа, продажи, найма, обѣщанія дара или обѣщанія жениться. Обязательность этихъ сдѣлокъ, очевидно, у большинства людей, по крайней мѣрѣ у людей честнаго образа мыслей, не зависитъ отъ законовъ. Связывая съ тѣми дѣйствіями требуемыя закономъ послѣдствія, большинство людей дѣлаетъ это подъ вліяніемъ велѣній, которыя, правда, въ законахъ находятъ свое подтвержденіе, санкцію и пополненіе, но не имѣютъ своего источника. Отсюда видно, что утвержденіе, будто бы связь между дѣйствіемъ и слѣдствіемъ его устанавливается только законами—ложно.

Elemente § 23, Lehrbuch § 66 и приведенныя къ § 144 статьи Merkel'я.

§ 243.

Главнѣйшее основное положеніе, которое вытекаетъ изъ дѣятельности указанныхъ факторовъ въ отношеніи содержанія возникающихъ изъ обязанностей, юридическихъ сдѣлокъ и правонарушеній, заключается въ слѣдующемъ: каждый долженъ, дѣйствуя или претерпѣвая что-либо, осуществлять условія, при которыхъ исходящая отъ него дѣятельность согласуется съ благомъ другихъ и при которыхъ право можетъ господствовать и выполнять свою цѣль.

Къ этому принципу можно свести всю сущность содержанія тѣхъ частей права, которыя имѣютъ предметомъ юридическія послѣдствія человѣческихъ дѣйствій, поскольку таковыя послѣдствія обращаются противъ самого дѣйствующаго лица, и оно является ограниченнымъ въ своей свободѣ. Это же правило имѣетъ значеніе, какъ съ точки зрѣнія общихъ интересовъ, такъ и съ точки зрѣнія этической (см. § 41).

III. Специальное разсмотрѣніе юридическихъ сдѣлокъ.

1. *Признаки и виды.*

§ 244.

Право знаетъ:

1) одностороннія юридическія сдѣлки, для которыхъ необходимо волеизъявленіе только *одной стороны*, будь это активная или пассивная сторона соотвѣтствующаго юридическаго отношенія.

2) Двухстороннія юридическія сдѣлки или *договоры*, для которыхъ необходимо совпаденіе изъявленія какъ активной, такъ и пассивной стороны.

Литература къ общему ученію объ юридической сдѣлкѣ: v. Savigny System III. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen 77. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, и въ Bekkers Beitr. zur Erl. des Entw. eines B, hl. 7—10, 89 f. Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht 350 ff. Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, in Grünhuts Zeitschr. VII, 465. Schlossmann, Der Vertrag 76; его-же въ Grünhuts Zeitschr. VII, 543. R. Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeshäft 77. Windscheid, Wille und Willenserklärung 78. Lenel in Jherings Jahrb. XIX, 154. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin 89. Учебники пандектъ.

§ 245.

1. Примѣръ *односторонней* юридической сдѣлки можетъ представить актъ составленія духовнаго завѣщанія (§ 735).

§ 246.

2. *Договоры* представляютъ болѣе важную форму юридическихъ сдѣлокъ. Они въ свою очередь распадаются на многочисленные виды и подвиды, при чемъ основаніями для подраздѣленія являются:

a) различіе юридическихъ отношеній, къ созданію которыхъ направлены договоры;

b) различіе дѣйствій и формъ дѣйствій, отъ которыхъ зависитъ юридическая дѣйствительность.

§ 247.

a) Что касается перваго подраздѣленія, то въ существѣ его различаютъ между прочимъ односторонніе и двусторонніе договоры.

Первые создаютъ обязанности только на одной сторонѣ, послѣдніе— на обѣихъ сторонахъ. Къ первымъ относится, напр., договоръ займа, ко вторымъ договоръ купли-продажи.

Ср. § 652.

§ 248.

b) Въ смыслѣ втораго подраздѣленія различаютъ, между прочимъ, формальные и неформальные договоры. У первыхъ юридическая дѣйстви-

тельность сдѣлки зависитъ отъ соблюденія особенныхъ формъ при ея заключеніи, у послѣднихъ не зависитъ. Къ первымъ принадлежитъ, согласно Гражданскому Уложенію для Германской Имперіи, договоръ о продажѣ земельныхъ участковъ, ко вторымъ—договоръ о продажѣ движимости *)

Также могутъ быть связаны опредѣленными формальностями и односторонния сдѣлки. Напр., совершеніе духовнаго завѣщанія (см. § 736).

§ 249.

Формальности при юридическихъ сдѣлкахъ имѣютъ отчасти значеніе для намѣреній самихъ дѣйствующихъ, давая этимъ намѣреніямъ и ихъ серьозности точное и по возможности предупреждающее будущій споръ выраженіе, отчасти одновременно или исключительно имѣютъ непосредственное значеніе для общественныхъ интересовъ.

Первое касается письменной формы, требуемой содержаніемъ нѣкоторыхъ договоровъ (см. § 655), второе, между прочимъ,—формальностей при заключеніи брака (см. § 705).

Значеніе формальностей для юридическихъ сдѣлокъ сказаннымъ не исчерпывается; въ данномъ случаѣ указаны только черты, важнѣйшія для настоящаго времени. Формальности могутъ замѣнять доказываніе извѣстныхъ важныхъ фактовъ матеріальнаго характера или также заступать ихъ мѣсто. О значеніи подобнаго замѣстительства, играющаго въ исторіи жизни права выдающуюся роль, здѣсь подробнѣе рѣчи не будетъ. О значеніи формъ при юридическихъ сдѣлкахъ см. v. Ihering, Geist., II, 470.

2. Юридическія послѣдствія.

§ 250.

Назначеніе юридическихъ сдѣлокъ съ точки зрѣнія объективнаго права заключается въ томъ, чтобы предоставить волѣ субъектовъ права возможность оказать вліяніе на существованіе и содержаніе юридическихъ отношеній соотвѣтственно ихъ цѣлямъ.

§ 251.

Согласно этому, послѣдствія юридическихъ сдѣлокъ въ извѣстныхъ границахъ и при опредѣленныхъ условіяхъ регулируются такъ, чтобы они согласовались съ ясно выраженными или предполагаемыми (насколько то вообще можно предположить) намѣреніями участвующихъ въ сдѣлкѣ сторонъ.

§ 252.

Однако, таковымъ намѣреніямъ въ различныхъ видахъ противупоставляется и объективный принципъ. Право обезпечиваетъ волѣ субъектовъ соотвѣтствующую ихъ цѣлямъ правовую дѣятельность лишь постольку, поскольку она согласуется съ общесуществеными (§ 161) интересами, находящимися подъ правовой охраной, и только при такихъ условіяхъ, а не иначе.

---

*) Тоже самое и по русскому праву.

§ 253.

Указанное отрицательное положеніе наступаетъ:

1. Когда за дѣйствіями, направленными къ опредѣленной цѣли не признается правового значенія.

2. Когда съ данными дѣйствіями оказываются связанными послѣдствія, независящія отъ цѣлей дѣйствовавшихъ лицъ.

§ 254.

Къ 1. Желательнымъ для дѣйствовавшихъ лицъ послѣдствіямъ отказывается въ юридическомъ признаніи, въ виду требованья тѣхъ или другихъ публичныхъ интересовъ. Сюда можно отнести случай, когда за сдѣлкой не признается юридической дѣйствительности (§ 248 и сл.) вслѣдстіе несоблюденія предписанныхъ закономъ формъ ея совершенія.

Такова, напримѣръ, ничтожность ростовщическихъ (основанныхъ на эксплоатаціи легкомыслія, неопытности или крайняго положенія одного изъ дѣйствующихъ) договоровъ. или вообще такихъ договоровъ, которые или направлены на совершеніе безнравственныхъ дѣйствій или создаютъ таковыя же отношенія или вообще сталкиваются съ запретомъ, выраженномъ въ законѣ.

§ 255.

Къ 2. Независимо отъ цѣлей дѣйствующихъ лицъ съ юридическими сдѣлками связываются такія послѣдствія, которыя ставятъ осуществляемую дѣятельность упомянутыхъ лицъ въ согласіе съ затрогиваемыми этими сдѣлками и находящимися подъ охраной права общими интересами.

Общую характеристику имѣющаго здѣсь силу объективнаго принципа см. въ § 243.

§ 256.

Такъ, съ заключеніемъ брака связываются важныя юридическія последствія, независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли они цѣлямъ вступающихъ въ бракъ (относительная нерасторжимость связи, см. § 707, обязанности относительно возможныхъ потомковъ и т. д.), или нѣтъ. Въ упомянутыхъ слѣдствіяхъ имѣются указанія на то, при какихъ условіяхъ возникновеніе разсматриваемаго отношенія со стороны права признается находящимся въ согласіи съ ввѣренными его охранѣ интересами.

§ 257.

Главнымъ образомъ, однако, обязательная сила, при извѣстныхъ условіяхъ сообщаемая правомъ принятому обѣщанію, должна быть сведена къ воздѣйствію указаннаго объективнаго принципа. Вслѣдствіе этого таковая обязательность не зависитъ отъ того, намѣревался ли обѣщавшій въ дѣйствительности выполнить свое обѣщаніе.

Представимъ себѣ покупщика, который съ самаго начала вовсе не думалъ выполнять своего обѣщанія: къ опредѣленному времени уплатить условленную покупную цѣну. Это обстоятельство тѣмъ не менѣе нисколько не

устраняетъ возникающей отсюда обязанности покупателя, и въ случаѣ нужды право можетъ принудить неплательщика къ исполненію обязательства силою. Итакъ, для возникновенія обязанности платежа рѣшающимъ моментомъ является на намѣреніе, лежащее въ основаніи обѣщанія, уплаты, а объективные признаки обѣщанія и основанное на немъ значеніе его для интересовъ того, кому обѣщаніе дано и чье положеніе этимъ путемъ опредѣляется.

§ 258.

Отсюда слѣдуетъ, что дальнѣйшее существованіе обязательства, вытекающаго изъ разъ принятаго обѣщанія, не зависитъ отъ возможнаго измѣненія образа мыслей и обязаннаго лица.

Если бы основаніе обязательства, какъ многіе полагаютъ, заключалось „въ свободной самообязывающейся волѣ", то противоположное выраженіе этой свободной воли уничтожало бы обязательство! Ничего подобнаго, однако, не существуетъ. Всякое обязательство въ смыслѣ права есть объективная обязанность одного лица по отношенію къ другимъ или другому, частичная несвобода, основаніе которой нельзя искать въ собственной волѣ лица безъ того, чтобы не впасть въ противорѣчіе. Правда, свободѣ отдѣльнаго лица предоставляется ставить себя въ то положеніе, при которомъ наступаетъ разсматриваемая связанность, однако то, что его здѣсь удерживаетъ противъ его собственной воли, не есть сама эта воля! Иначе, въ положеніи противуположномъ было бы столь же мало естественности, какъ и въ томъ, если бы кто-либо былъ бы своимъ собственнымъ тюремщикомъ, удерживающимъ себя противъ своей воли въ казематѣ.

Разсматриваемыя обязательства подобны тѣмъ, которыя возникаютъ изъ правонарушеній. Подобно тому, какъ преступникъ свободенъ относительно своего дѣйствія, но несвободенъ относительно обращенныхъ противъ него послѣдствій, такъ заключающій заемъ свободенъ относительно заключенія сдѣлки, но не свободенъ по отношенію къ возникающей отсюда обязанности уплаты должнаго; и точно также какъ въ первомъ случаѣ само дѣйствіе, а не его юридическое послѣдствіе, находитъ свое достаточное объясненіе въ свободной волѣ совершившаго, такъ и во второмъ—господствующая теорія, минуя дѣяніе, переноситъ на волю все, что изъ ея дѣятельности по отношенію къ дѣянію получаетъ самостоятельное значеніе. Elemente § 23. Z. 3.

§ 259.

Далѣе, соотвѣтственно тому же принципу, обязательство можетъ получить новое и расширенное содержаніе, независимо отъ воли обязаннаго—въ случаѣ, напримѣръ, поведенія, противорѣчащаго обязательству.

О такомъ превращеніи юридическихъ обязанностей въ случаѣ ихъ нарушенія спеціальнѣе будетъ сказано въ ближайшемъ отдѣлѣ.

IV. Спеціальное разсмотрѣніе правонарушеній.

1. *Признаки и виды.*

§ 260.

Всякое правонарушеніе содержитъ въ себѣ поведеніе, противорѣчащее требованіямъ права и, слѣдовательно, идущее въ разрѣзъ съ обязанностями.

Многіе примѣняютъ слово правонарушеніе также къ случаямъ, гдѣ не можетъ быть рѣчи о нарушеніи правовой обязанности, напр., при нарушеніи извѣстныхъ интересовъ лицами невмѣняемыми: при убійствѣ, совершенномъ умалишеннымъ. Само собою разумѣется, въ подобныхъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о дѣятельности, противной обязательнымъ предписаніямъ права, такъ какъ не имѣется на лицо даже дѣйствія, не говоря уже о дѣйствіи противорѣчащемъ обязанности, хотя иногда при такихъ обстоятельствахъ говорятъ о правонарушеніи, относя это слово ко внѣшнимъ признакамъ, общимъ какъ для дѣянія умалишеннаго, такъ и для предумышленнаго и простого убійства. Вопреки указанной общности внѣшнихъ признаковъ—нарушенія чужого интереса, юридическое значеніе происшествій и дѣяній различно. Въ поступкахъ умалишеннаго не имѣется того, что поступкамъ вмѣняемаго сообщаетъ юридическое значеніе и даетъ возможность примѣненія юридическаго же противодѣйствія (см. объ этомъ § 275 и сл.).

Если, поэтому, разсматривая юридически, столь различныя вещи обозначаютъ однимъ и тѣмъ же юридическимъ именемъ, то это допустимо только при предположеніи, что въ такомъ случаѣ сознается ихъ различіе. Но лучше различное по понятіямъ различать и въ отношеніи языка. До сихъ поръ, по крайней мѣрѣ, неточность языка порождала одни препятствія для изслѣдованія, выясняющаго различія понятій. Въ настоящей книгѣ, въ отдѣлѣ о „правонарушеніи“ будетъ рѣчь только въ смыслѣ, изложенномъ въ текстѣ.

Къ общей теоріи о правонарушеніяхъ: Merkel, Kriminalistische Abhandlungen I, Giessen 67. Ueber das gemeine d. Sthrafrecht von Hälschner und den Idealismuss in der Strafrechtswissenschaft, въ Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft I, 580 (Sammlung S. 430). Binding, Normen und Handbuch des Strafrechts. Ihering, Schuldmoment im röm. Privatrecht 67. Hälschner, Die Lehre vom Unrecht u. seinen verschiedenen Formen 60. v. Bar, Grundlagen des Strafrechts 69. Heyssler, Das Civilunrecht und seine Formen 70 и въ Grünhuts Zeitschr. 83. С. 14. Herz, Das Unrecht u. die allgem. Lehren des Strafrechts 80.—R. Löning, Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen 79.

§ 261.

Съ внѣшней стороны преступное поведеніе можно характеризовать какъ дѣятельность, противную запрету права, или бездѣятельность, противную положительнымъ требованьямъ права.

См. § 755.

§ 262.

Съ внутренней стороны преступное поведеніе можно характеризовать признаками умысла или небрежности.

Правонарушеніе совершено умышленно, если признаки, относящіеся ко внѣшней сторонѣ дѣянія, осуществлены въ данномъ дѣяніи сознательно и съ желаніемъ опредѣленныхъ послѣдствій; правонарушеніе признается совершеннымъ по небрежности, если эти признаки не связаны съ сознательной и волевой дѣятельностью, но проистекаютъ отъ противорѣчащей обязанности невнимательности или небрежности, оставляющей безъ вниманія необходимую въ житейскомъ обиходѣ предусмотрительность.

§ 263.

Умыселъ имѣется, между прочимъ, у вора, у предумышленнаго убійцы, клеветника, у должника, который бѣгствомъ хочетъ уклониться

отъ своихъ обязательствъ. То, что противно праву, здѣсь осуществляется сознательно и съ направленнымъ на то намѣреніемъ.

§ 264.

Небрежность, между прочимъ, имѣетъ мѣсто, кто-либо вслѣдствіе необдуманнаго обращенія съ ядомъ, огнемъ или со взрывчатыми веществами лишить другого жизни или причинить ему тѣлесное или имущественное повреждение.

Случившееся при такихъ обстоятельствахъ всетаки нужно поставить въ вину волѣ дѣйствующаго, потому что, хотя она и не желала вреда другимъ лицамъ, но все-же не была, какъ должно, направлена на его избѣжаніе.

Съ внѣшней стороны различіе умысла отъ неосторожности родственно различію противоправнаго дѣйствія, и противоправнаго упущенія (261); оба понятія родственны, поскольку въ области собственнаго сознанія волѣ виновнаго вмѣняется въ вину при умыслѣ активное, при неосторожности пассивное поведеніе.

§ 265.

Признаніе факта неосторожности предполагаетъ, что при согласномъ съ обязанностью поведеніи можно было бы избѣгнуть противорѣчія съ требованіями права.

Если подобное предположеніе не имѣетъ мѣста, то предъ нами въ смыслѣ права—случай (casus).

§ 266.

Къ случаю относится такое явленіе, когда кому-нибудь выполнить свои обязательства мѣшаетъ непреодолимая сила, или если дѣйствія лица привели къ вредному результату вслѣдствіе непредвидимаго стеченія обстоятельствъ.

Случай не должно относить къ волѣ лица, и онъ не находитъ своего объясненія въ ея природѣ. Онъ поэтому не ставится ей въ вину, ей не «вмѣняется».

Сравни § 692.

§ 267.

Всякое правонарушеніе имѣетъ значеніе для интересовъ, требующихъ защиты со стороны права.

Разсмотримъ сначала эти интересы, потомъ то—значеніе, которое правонарушенія получаютъ относительно ихъ.

§ 268.

Въ отношеніи указанныхъ *интересовъ* должно розличать: 1) особенные публичные и частные интересы, затрогиваемые отдѣльнымъ правонарушеніемъ, и 2) общій интересъ авторитета права и повиновенія отдѣльныхъ лицъ его предписаніямъ.

§ 269.

Къ 1. Всякое правонарушеніе находится съ связи съ какими либо *особенными интересами*, которымъ оно противодѣйствуетъ и, соображаясь съ чѣмъ, соотвѣтствующія дѣянія возбраняются. Противодѣйствіе можетъ быть или дѣйствительное, или предполагаемое.

§ 270.

Упомянутые интересы могутъ принадлежать или къ интересамъ, охраняемымъ лишь объективно (въ § 156), или получаютъ охрану въ видѣ субъективнаго права.

Въ послѣднемъ случаѣ правонарушеніе заключаетъ въ себѣ одновременно нарушеніе субъективныхъ правъ, тогда какъ въ первомъ этотъ признакъ у него отсутствуетъ. Напр., воровство содержитъ въ себѣ нарушеніе субъективнаго права (права собственности и владѣнія обкраденнаго), между тѣмъ какъ кровосмѣшеніе таковаго не содержитъ.

§ 271.

Интересы затрогиваются правонарушеніемъ посредственно или непосредственно. Непосредственное пораженіе интереса указывается уже самимъ правонарушеніемъ соотвѣтствующаго вида; непосредственно нарушается чье либо субъективное право.

Такъ, оскорбленіе непосредственно нарушаетъ интересъ чести, охраняемый въ формѣ субъективнаго права. Честь составляетъ ближайшій предметъ нападенія, на которое указываетъ понятіе этого вида правонарушеній. Посредственно оскорбленіе чести нарушаетъ интересъ существованія гражданскаго мира. Прелюбодѣяніе нарушаетъ непосредственно интересъ оскорбленнаго супруга въ отношеніи вѣрности другой стороны, посредственно отъ прелюбодѣянія страдаетъ интересъ силы брачныхъ узъ; обманъ непосредственно нарушаетъ имущественный интересъ обманутаго, посредственно—публичный интересъ добросовѣстности и довѣрія въ гражданскомъ оборотѣ; убійство нарушаетъ непосредственно интересъ жизни подвергшагося нападенію, посредственно съ одной стороны—интересы лицъ близкихъ къ убитому, съ другой стороны—публичный интересъ тѣлесной неприкосновенности и неприкосновенности жизни.

§ 272.

Ко 2. Всякое правонарушеніе содержитъ въ себѣ моментъ неповиновенія объективному праву, его господству. Господство-же права представляетъ собою общій интересъ безразлично, идетъ ли дѣло о частноправныхъ обязанностяхъ по договорамъ, или о нарушеніи публичноправовыхъ обязательствъ.

§ 273.

Правонарушенія могутъ имѣть для указанныхъ интересовъ двоякое значеніе, именно:

1) поскольку они дѣйствительно *вызываютъ* бѣдствія и опасности и оказываютъ вліяніе на условія, при которыхъ право можетъ выполнить свою задачу относительно частныхъ или общественныхъ интересовъ и удержать свое собственное господство.

2) поскольку они только *выясняютъ* бѣдствія и опасности, угрожающія упомянутымъ интересамъ, или представляютъ ихъ въ надлежащемъ свѣтѣ.

Въ силу подобнаго двоякаго (реальнаго и симптоматическаго) значенія правонарушеній они могутъ имѣть рѣшающее значеніе для мѣропріятій двоякаго рода.

2. Юридическія послѣдствія правонарушенія.

а) Вообще.

§ 274.

По отношенію къ правонарушеніямъ право обязано охранять условія своего господства и интересы, ради которыхъ оно существуетъ.

Только насколько отъ него исходитъ таковая дѣятельность, оно является охраняющей и обезпечивающей силой, ручающейся за порядокъ и миръ.

Lehrbuch § 64.

§ 275.

Послѣдствія правонарушеній (§ 273) состоятъ въ томъ, что право:

во-первыхъ, противъ *вызванныхъ* правонарушеніями бѣдствій и опасностей выдвигаетъ противодѣйствія, которыя имѣютъ назначеніе препятствовать распространенію совершеннаго зла, устранять его или сглаживать, насколько это допускаетъ природа вещей;

во-вторыхъ, борется съ бѣдствіями и опасностями, *выяснившимися* вслѣдствіе правонарушеній.

§ 276.

Противодѣйствіе права правонарушенію находятъ свое основаніе въ самой правонарушительной дѣятельности и соразмѣряется съ нею. Это— «юридическія послѣдствія» неправды въ тѣсномъ смыслѣ слова; объ этомъ см. §§ 51—56.

Для мѣропріятій втораго рода правонарушительная дѣятельность представляетъ только случайную причину.

Къ мѣропріятіямъ второго рода относятся, напр., законы, изданные вслѣдствіе совершенія правонарушеній опредѣленнаго вида, предупреждающіе вторичное совершеніе подобныхъ дѣяній посредствомъ расширенія правомочій полиціи въ опредѣленномъ направленіи, посредствомъ ограниченія права пользованія извѣстными предметами, ставшими орудіями преступленія, напр., ограниченіе пользованія взрывчатыми веществами, оружіемъ, ядомъ и т. п.; то-же самое получается, когда въ виду указанныхъ причинъ подчиняются болѣе строгому контролю сношенія съ заграницею и т. д.

Мѣропріятія обѣихъ категорій, несмотря на существующую между ними противоположность, имѣютъ общее значеніе, *предупредительное*.

Юридическія послѣдствія правонарушеній также дѣйствуютъ предупредительно (представимъ себѣ, напр., юридическія послѣдствія кражъ, оскорбленій и убійствъ) и при томъ не случайно, а сообразно своему назначенію. Они дѣйствуютъ предупредительно, препятствуя возможности противуправной дѣятельности утвердиться и получить болѣе широкое распространеніе, юридическія послѣдствія правонарушенія уничтожаютъ заразительную силу примѣра неуваженія права и охраняемыхъ имъ интересовъ; они устраняютъ или уменьшаютъ побужденіе къ нарушеніямъ мира со стороны прямо или косвенно потерпѣвшихъ отъ правонарушенія; они уничтожаютъ побужденіе къ дальнѣйшему слѣдованію по пути неправды со стороны виновнаго, охраняя предупредительную силу подлежащихъ примѣненію вторичныхъ опредѣленій права (§ 55), и такимъ образомъ исключаютъ источникъ будущихъ опасностей и бѣдствій.

Съ выполненіемъ злодѣянія связанная съ нимъ цѣпь причинъ и слѣдствій не порывается окончательно.

Скорѣе съ нею вступаетъ въ жизнь элементъ, который дѣйствуетъ далѣе и для общественнаго организма имѣетъ значеніе, подобное вредному веществу въ организмѣ человѣка. Юридическія послѣдствія въ послѣднемъ случаѣ приравниваются какъ бы противоядію. Подавляя зло, возникшее въ прошедшемъ и продолжающее существовать въ настоящее время, они обезпечиваютъ благополучіе въ будущемъ.

Далѣе, различіе послѣдствій правонарушеній заключается въ слѣдующемъ. Юридическія послѣдствія правонарушенія дѣйствуютъ предупредительно во внутренней связи съ совершеннымъ дѣяніемъ, соображаясь съ причиннымъ значеніемъ, въ немъ находя свое основаніе. Напротивъ, въ отношеніи мѣропріятій, вызываемыхъ правонарушеніемъ на будущее время совершенное противуправное дѣяніе даетъ только внѣшній поводъ, который можетъ существовать и въ другой формѣ, напр., въ научныхъ работахъ. Если сравнить осуществленіе прямыхъ юридическихъ послѣдствій правонарушенія съ борьбою съ пожаромъ, то прочія порождаемыя имъ мѣры можно сравнить съ пріобрѣтеніемъ насосовъ послѣ пожара.

Не смотря на все это, мѣропріятія той и другой категоріи не вездѣ оказываются рѣзко обособленными. Нерѣдко признаки обѣихъ обнаруживаются соединенными другъ съ другомъ самымъ своеобразнымъ образомъ. Сюда относится случай, когда при наказаніи лишеніемъ свободы узнику, принимая во вниманіе обнаружившееся духовное его убожество, сообщаютъ полезныя свѣдѣнія. Подлежащая дальнѣйшему изложенію природа наказаній (§ 292 и сл.) вообще допускаетъ, чтобы противодѣйствіе данному частному проявленію зла, порожденнаго преступленіемъ, связывалось съ дѣятельностью, направленною противъ обнаруженнаго этимъ частнымъ правонарушеніемъ зла въ общей формѣ. Согласно сему не мало наказаній принадлежитъ одновременно къ указанной второй категоріи. Такъ, напр., отдача преступника подъ надзоръ полиціи, изгнаніе иностранцевъ вслѣдствіе совершеннаго ими преступленія, помѣщеніе наказанныхъ бродягъ въ рабочій домъ, конфискація продуктовъ и орудій преступленія и т. д. Поскольку эти мѣропріятія имѣютъ для преступника характеръ наказанія, они имѣютъ свое основаніе въ его преступной дѣятельности. Но вмѣстѣ съ тѣмъ они являются не только наказаніями, но въ то-же время и предупредительными мѣрами противъ опасностей, въ отношеніи которыхъ противоправное дѣяніе является не причиной, но основаніемъ для сознанія наличности таковаго.

§ 277.

Юридическія послѣдствія неправды (въ дальнѣйшемъ мы будемъ

касаться только этого вопроса) выражаются или въ созданіи новыхъ правоотношеній или въ видоизмѣненіи существующихъ или же принужденіи къ исполненію относящихся къ этимъ отношеніямъ обязанностей.

Должникъ пытается обманнымъ образомъ уклониться отъ своихъ обязательствъ. Такое дѣяніе можетъ имѣть послѣдствіемъ: 1) видоизмѣненіе юридическаго отношенія, существующаго между должникомъ и его вѣрителемъ; на должника, наряду съ обязательствомъ по первоначальному займу, ложится обязанность возмѣщенія вѣрителю возможныхъ убытковъ отъ противузаконнаго поведенія должника; 2) возникновеніе новыхъ юридическихъ отношеній, обязывающихъ должника по отношенію къ государству претерпѣть извѣстное наказаніе; 3) принудительное осуществленіе права вѣрителя въ отношеніи первоначальнаго и вновь возникшаго обязательствъ должника.

§ 278.

Юридическія послѣдствія противоправнаго дѣянія обращаются противъ того, кто совершилъ правонарушеніе, возлагая на него обязанность или подвергая его принужденію къ исполненію таковой.

Юридическія послѣдствія правонарушенія обращаются противъ правонарушителя потому, что дѣятельностью послѣдняго право и охраняемыя имъ интересы вынуждаются къ собственной защитѣ.

Общее основаніе *отвѣтственности* за наши дѣянія заключается въ томъ, что дѣянія эти принадлежатъ намъ и вызываютъ или удовольствіе или неудовольствіе, или уваженіе или презрѣніе и—что по отношенію къ таковымъ дѣяніямъ другіе видятъ себя принужденными соблюдать условія ихъ благополучнаго осуществленія, ихъ самоуваженія въ согласіи съ общими сужденіями о сравнительной цѣнности житейскихъ интересовъ. Сравни: Merkel, Ueber das gemeine d. Strafrecht von Hälschner u. den Idealismus in der Strafrechtsweisenschaft (§ 260); его-же, Rechtliche Verantwortlichkeit (§ 236); Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft 92.

Если имѣется дѣяніе противорѣчащее этическимъ сужденіямъ о цѣнности блага и вторгающееся въ области интересовъ, находящихся подъ охраною права или другихъ этическихъ силъ, то мы говоримъ о „винѣ" совершившаго подобное дѣяніе.

При томъ это слово спеціально относятъ къ самому дѣянію, обладающему указанными свойствами („вина" равняется „причинной связи противной нормамъ") или, точнѣе, къ основанной на дѣяніи отвѣтственности и связанности („вина" равняется „этической связанности по отношенію къ дѣйствіямъ или претерпѣнію, сглаживающимъ упомянутую причинную связь").

§ 279.

Нерѣдко одно и тоже правонарушеніе можетъ влечь за собою различныя юридическія послѣдствія; клевета, напр.,—обязательство возмѣстить причиненный имущественный ущербъ, уплату «штрафа» оскорбленному, принужденіе къ исполненію этого обязательства, присужденіе и отбытіе наказанія въ тюрьмѣ, обнародованіе произнесеннаго противъ виновнаго приговора, обязательство и понужденіе къ несенію издержекъ на изготовленіе копіи приговора для потерпѣвшаго и къ уплатѣ судебныхъ издержекъ.

§ 280.

При юридическихъ послѣдствіяхъ правонарушеній точно также какъ и при самихъ правонарушеніяхъ можно различать (§§ 268—72) отношеніе ихъ къ общимъ интересамъ существованія господства и силы права и отношеніе къ опредѣленнымъ особеннымъ интересамъ.

§ 281.

Всѣ юридическія послѣдствія противуправнаго дѣянія важны для общаго интереса—охраны бытія и силы права потому, что ими подкрѣпляется нарушенное преступленіемъ значеніе правовыхъ предписаній; всѣ эти послѣдствія вліяютъ въ пользу сохраненія или возстановленія того состоянія, которое находится въ согласіи со значеніемъ правовыхъ нормъ и съ условіями его дальнѣйшаго существованія.

§ 282.

Но, наряду со служеніемъ общему интересу охраны права, всякое юридическое послѣдствіе имѣетъ также назначеніе служить тѣмъ особеннымъ спеціальнымъ интересамъ, которымъ противодѣйствуетъ соотвѣтствующее правонарушеніе; такимъ образомъ, служа спеціальному интересу, всякое слѣдствіе дѣйствуетъ въ сторону противоположную дѣйствія правонарушенія.

Различію юридическихъ отношеній соотвѣтствуетъ различіе вышеупомянутыхъ особенныхъ интересовъ и различіе условій, при которыхъ указанные интересы могутъ противиться враждебной имъ правонарушительной дѣятельности.

b) Виды юридическихъ послѣдствій.

§ 283.

Юридическія послѣдствія раздѣляются:

α) на частноправовыя и публичноправовыя,

β) на юридическія послѣдствія, подходящія подъ понятіе наказаній (уголовноправовыхъ послѣдствій неправды), и подъ это понятіе не подходящія.

Въ литературѣ указанныя противоположности нерѣдко не различаются и публичноправовыя послѣдствія неправды поэтому отождествляются съ наказаніями, а частноправныя—съ тѣми послѣдствіями, которыя характера наказаній не имѣютъ. Придерживающіеся таковаго воззрѣнія лишаютъ себя возможности составить вѣрное представленіе объ особенной природѣ послѣдствій неправды. Въ дѣйствительности, съ одной стороны не всѣ публичноправовыя послѣдствія неправды суть наказанія (стоитъ вспомнить объ относящемся къ публичнымъ обязанностямъ принудительномъ исполненіи § 292), съ другой стороны не всѣ наказанія обладаютъ публичноправовой природой. Оба понятія не имѣютъ другъ съ другомъ ничего общаго.

Тотъ фактъ, что наказаніе въ современномъ правѣ, по большей части, соединяетъ въ себѣ признаки наказанія, какъ таковаго, съ признаками понятія

публичныхъ послѣдствій неправды, само по себѣ еще ничего не доказываетъ и не опровергаетъ ошибочности и вводящаго въ заблужденіе вліянія смѣшенія этихъ понятій.

а) Юридическія послѣдствія частноправовой природы въ противоположность юридическимъ послѣдствіямъ публичноправовой природы.

§ 284.

Частноправовыя послѣдствія неправды состоятъ въ видоизмѣненіи существующихъ или созданіе новыхъ отношеній частнаго права или въ принужденія къ исполненію относящихся сюда частноправовыхъ обязательствъ.

Публичноправовыя послѣдствія неправды заключаются въ видоизмѣненіи существующихъ или созданіи новыхъ публичноправовыхъ отношеній или въ припужденіи къ исполненію относящихся сюда публичноправовыхъ обязательствъ.

Частноправовое послѣдствіе неправды: присужденіе къ уплатѣ долга по займу; публичноправовое послѣдствіе неправды: принужденіе къ исполненію гражданской обязанности свидѣтельствовать передъ судомъ.

§ 285.

Частноправовыя послѣдствія неправды сообразуются непосредственно со значеніемъ правонарушенія для затронутыхъ неправдою частныхъ интересовъ, публичноправовыя послѣдствія неправды сообразуются непосредственно со значеніемъ правонарушенія для затронутыхъ публичныхъ интересовъ.

§ 286.

Съ нѣкоторыми правонарушеніями соединяются только частоправовыя послѣдствія. Такъ, напр., вообще подобное послѣдствіе наступаетъ при неосторожномъ *) повреждепіи чужого имущества, при противномъ обязанности замедленіи имущественно-правовыхъ дѣйствій.

Здѣсь говорятъ о «простой гражданской неправдѣ», о «простой неправдѣ частноправовой».

§ 287.

При гражданской неправдѣ публичные интересы не получаютъ самостоятельнаго выраженія (§ 272, ср. § 271).

Но частноправовыя послѣдствія гражданской неправды имѣютъ значеніе также и для нихъ.

Право, подавляя гражданскую неправду, тѣмъ самымъ охраняетъ авторитетъ обѣщающихъ защиту правовыхъ предписаній и этимъ защищаетъ публичные интересы, зависящіе отъ авторитета упомянутыхъ предписаній.

---

*) Иначе при умышленномъ нанесеніи вреда, за которое уголовное уложеніе грозитъ публичноправовымъ наказаніемъ, см. § 293.

Если собственнику правовымъ путемъ возвращается его вещь (частноправовое послѣдствіе неправды), то этимъ обнаруживается сила правовыхъ нормъ, нормирующихъ собственность и обѣщающихъ ей защиту. Подобное положеніе существенно: 1) для тѣхъ особыхъ публичныхъ интересовъ, которые въ данныхъ правовыхъ нормахъ или находятъ свое выраженіе, или имѣли въ отношеніи развитія этихъ нормъ рѣшающее значеніе, или являются основой ихъ существованія, сами отъ нихъ зависятъ, и 2) для того самаго общаго публичнаго интереса, который заключается въ томъ, чтобы право на самомъ дѣлѣ служило защитительной и разграничительной силой.

Указанное значеніе послѣдствій частноправовой неправды часто не признавалось. Между тѣмъ оно вытекаетъ изъ того простого соображенія, что право во всѣхъ своихъ частяхъ и при всѣхъ своихъ отправленіяхъ является органомъ общихъ или публичныхъ интересовъ и что, согласно этому, всякое изъ таковыхъ отправленій, а слѣдовательно и осуществленіе частноправовыхъ послѣдствій неправды, должно имѣть значеніе для названныхъ интересовъ, см. § 89 и сл.

§ 288.

При нѣкоторыхъ правонарушеніяхъ, наоборотъ, нарушеніе частныхъ интересовъ и частныхъ правъ не получаетъ въ юридическихъ послѣдствіяхъ самостоятельнаго выраженія.

Напримѣръ, въ современномъ правѣ при убійствѣ и нанесеніи смертельныхъ ранъ. Поскольку убійствомъ не затронуты имущественные интересы лицъ близкихъ къ убитому, возникаютъ только публичноправовыя отношенія между виновнымъ и государствомъ, какъ юридическія послѣдствія дѣянія.

§ 289.

Согласно современному воззрѣнію, при преступленіяхъ вышеприведеннаго характера нарушенные интересы частныхъ лицъ (членовъ семьи) отступаютъ передъ общими интересами на задній планъ, и личнаго удовлетворенія эти лица могутъ искать только въ юридическихъ послѣдствіяхъ, сопутствующихъ нарушенію данныхъ публично-правовыхъ интересовъ и то лишь постольку, поскольку о таковомъ удовлетвореніи можетъ идти рѣчь.

Относительно дальнѣйшаго развитія основъ изложеннаго воззрѣнія и соотвѣтствующаго ему развитія публичнаго уголовнаго права срав.: Merkel. „Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentl. Zustände ect. 89. Lehrbuch §§ 11, 72.

§ 290.

При другихъ многочисленныхъ видахъ правонарушеній самостоятельное выраженіе въ юридическихъ послѣдствіяхъ получаютъ интересы обоего рода. Сюда относятся, между прочимъ, кража, разбой и обманъ. Эти преступленія создаютъ съ одной стороны частноправовыя отношенія между виновными и пораженными въ своихъ правахъ частными лицами, съ другой стороны публичноправовыя—между виновными и государствомъ.

β) Уголовноправовыя послѣдствія въ противоложность другимъ юридическимъ послѣдствіямъ.

§ 291.

Уголовноправовыя послѣдствія заключаются въ томъ, что между виновнымъ съ одной стороны и государствомъ, частнымъ лицомъ или корпораціей съ другой—возникаетъ нѣкоторое юридическое отношеніе, въ силу котораго виновный долженъ понести наказаніе и дѣйствительно несетъ его на основаніи указаннаго возникшаго юридическаго отношенія.

Наказаніе является «частнымъ наказаніемъ», если порождающее его отношеніе имѣетъ частноправовую природу, и «публичнымъ», если природа упомянутаго отношенія обладаетъ публичнымъ характеромъ.

§ 292.

Понятіе наказанія обнимаетъ собою различныя послѣдствія неправды, которыя, при всемъ своемъ взаимномъ различіи, вмѣстѣ съ тѣмъ рѣзко отличаются отъ другихъ юридическихъ послѣдствій неправомѣрныхъ дѣяній.

Изъ наказаній, въ качествѣ таковыхъ, здѣсь можно указать смертную казнь, лишеніе свободы, денежныя взысканія, устраненіе отъ общественныхъ должностей, лишеніе политическихъ правъ, конфискацію орудій и плодовъ правонарушенія, отдачу подъ полицейскій надзоръ, изгнаніе изъ страны (см. § 774 и сл.).

Въ другой группѣ, для которой нѣтъ подходящаго общаго названія, относятся:

Принудительная выдача добытаго неправомѣрнымъ дѣяніемъ предмета, лишеніе неправомѣрно присвоенаго званія, положенія и т. д.

Принудительное выполненіе добровольно невыполняемыхъ частноправовыхъ и публичноправовыхъ обязательствъ.

Принудительное возмѣщеніе неправомѣрнопричиненнаго ущерба.

Чѣмъ различаются обѣ эти группы?

Lehrbuch § 67 (Die Rechtsstrafe in ihrem Verhältnis zu anderen Unrechtsfolgen).

§ 293.

Представимъ себѣ умышленное и неправомѣрное повреждение чужаго имущества;

Такое правонарушеніе создаетъ обязанность, а въ извѣстномъ случаѣ и необходимость, принудительнаго *возмѣщенія убытка* собственнику и публичнаго *наказанія*.

По этимъ послѣдствіямъ можно различить указанныя въ § 292 группы.

§ 294.

Возмѣщеніе и наказаніе различаются:

1) по ихъ отношенію къ различнымъ сторонамъ противоправной дѣятельности. Въ одномъ случаѣ таковая дѣятельность посредственно требуетъ возмѣщенія, въ другомъ—наказанія;

2) Къ тѣмъ признакамъ, которые выступаютъ въ самихъ понятіяхъ возмѣщенія и наказанія.

Подлежащія дальнѣйшему изложенію различія между упомянутыми юридическими послѣдствіями получаютъ въ правовыхъ нормахъ надежное и опредѣленное выраженіе и всестороннее вниманіе только постепенно. Сравни: Merkel, Ueber der Begriff der Strafe in seinen geschichtlichen Beziehungen (§, § 144) Ihering, Schuldmoment.

§ 295.

1. Для возмѣщанія непосредственно руководящимъ качаломъ является вмѣняемое нарушеніе чужой собственности, т. е. то, что совершено въ прямомъ противорѣчіи съ предписаніями права и вытекающими изъ нихъ обязанностями.

При этомъ нужно помнить что въ данномъ случаѣ дѣло идетъ о результатѣ, который по своей природѣ допускаетъ специфическое уравненіе путемъ возмѣщенія.

Предположимъ, что состояніе собственника вслѣдствіе правонарушенія уменьшилось на сумму въ 100 марокъ; при посредствѣ упомянутаго юридическаго послѣдствія оно должно быть снова повышено въ размѣрѣ той-же суммы.

§ 296.

Въ подобномъ специфическомъ уравненіи заключается особое назначеніе цѣлой группы юридическихъ послѣдствій, представителемъ которыхъ является возмѣщеніе.

§ 297.

Но причинное значеніе разсматриваемаго правонарушенія (§ 293) не исчерпывается въ отношеніи признанныхъ правомъ интересовъ тѣмъ ближайшимъ воздѣйствіемъ, которое составляетъ предметъ возмѣщенія; къ получившемуся остатку еще относится наказаніе.

§ 298.

Дѣйствіе вышеуказаннаго правонарушенія, какъ и дѣйствіе всякаго правонарушенія вообще, переступаетъ непосредственныя границы нападенія и имѣетъ стремленіе, перешагнувъ область даннаго конкретнаго юридическаго отношенія, распространиться въ дальнѣйшихъ кругахъ частныхъ и публичныхъ интересовъ; такое стремленіе правонарушенія подобно пламени, охватившему посреди горючихъ веществъ вначалѣ ближайшій отдѣльный предметъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ стремящемуся, идя далѣе и далѣе, подчинить своему господству все окружающее.

§ 299.

Уже для самого непосредственно затронутаго имущественнымъ преступленіемъ лица значеніе преступнаго дѣйствія далеко не находитъ себѣ полнаго выраженія въ денежной суммѣ, возмѣщающей понесенный ущербъ.

Подобное положеніе зависитъ отъ того, что въ преступномъ дѣйствіи выражается презрѣніе къ самой личности и къ ея праву, причемъ безразлично, было-ли правонарушеніе совершено съ цѣлью дать этой личности почувствовать враждебное настроеніе правонарушителя или-же правонарушитель вслѣдствіе какихъ-либо иныхъ цѣлей считалъ данную личность и ея право за ничто. Лицо, права котораго пострадали отъ имущественнаго правонарушенія, оскорбляется въ идеѣ своего правового значенія и чувствуетъ себя, помимо оскорбленія въ настоящую минуту, подверженнымъ опасности отъ возобновленія подобнаго отношенія съ себѣ.

§ 300.

Указанные моменты находили самостоятельное выраженіе въ частныхъ наказаніяхъ древняго права, имѣвшихъ особое назначеніе удовлетворять потерпѣвшаго въ отношеніи понесенной обиды и подтверждать значеніе его личности и его правъ.

Въ современномъ государствѣ эти частныя наказанія не играютъ болѣе никакой роли.

Интересующихся частными наказаніями и ихъ значеніемъ въ древнѣйшей правовой жизни мы отсылаемъ къ исторіи германскаго и римскаго права.

§ 301.

Разсматриваемое правонарушеніе затрогиваетъ далѣе, подобно всякому другому, публичные интересы. Оно нарушаетъ публичный интересъ обезпеченности собственности и существованія общественнаго мира, равно какъ и общій интересъ незыблемаго господства права (§ 272).

Это и есть тѣ самые моменты, которые получаютъ самостоятельное выраженіе въ публичномъ наказаніи, сопряженномъ съ правонарушеніемъ.

Посредственно публичное наказаніе имѣетъ значеніе также для интересовъ отдѣльной личности (см. § 229), указанныхъ въ §§ 289 и сл.

§ 302.

Какъ явствуетъ изъ всего сказаннаго, ближайшее послѣдствіе правонарушительнаго дѣйствія, заключающагося въ поврежденіи чужой собственности, для наказанія имѣетъ значеніе иное нежели для возмѣщенія:

Въ вопросѣ о возмѣщеніи рѣшающимъ моментомъ является результатъ правонарушенія, при наказаніи-же, напротивъ, онъ принимается во вниманіе лишь постольку, поскольку съ нимъ соединяется, въ силу его связи съ волею лица, психическія послѣдствія извѣстнаго вида (§ 298 и сл.).

§ 303.

Поэтому участіе воли имѣетъ для наказанія большее значеніе, чѣмъ для возмѣщенія.

Въ вопросѣ о возмѣщеніи воля интересуетъ насъ только въ качествѣ виновницы ближайшаго результата дѣянія; при наказаніи-же она вслѣдствіе широкаго значенія, придаваемаго результату преступнаго дѣянія, получаетъ самостоятельный интересъ.

§ 304.

Согласно этому, при вопросѣ объ обязанности возмѣщенія за вредъ и убытки важно только то обстоятельство, можно-ли виновнику вреда вмѣнить въ вину результатъ его дѣянія, между тѣмъ какъ болѣе специальная природа воли правонарушителя и степень участія этой воли являются безразличными. Такъ, для возникновенія обязанности возмѣщенія безразлично, дѣйствовалъ-ли правонарушитель по злобѣ или шалилъ, совершалъ-ли онъ правонарушеніе умышленно или неосторожно, можно-ли найти основаніе для смягченія вины въ возрастѣ виновнаго, въ аффектахъ или въ другихъ обстоятельствахъ, или нѣтъ.

Между тѣмъ всѣ эти различія и обстоятельства важны для вопроса о наказаніи, по той причинѣ, что выходящее за предѣлы ближайшаго результата, являющееся руководящимъ въ смыслѣ наказанія, значеніе дѣйствія, будетъ серьезнѣе при совершеніи правонарушенія съ умысломъ, а не по неосторожности, по злобѣ, или изъ шалости; вмѣстѣ съ тѣмъ, это значеніе всегда будетъ зависѣть отъ внутренней стороны дѣянія въ той-же мѣрѣ, какъ и отъ внѣшней.

§ 305.

Особенности назначенія и расчетовъ возмѣщенія съ одной стороны, и наказанія съ другой, согласно общей природѣ всѣхъ юридическихъ послѣдствій, не исключаютъ возможности совпаденія дѣйствія обоихъ началъ въ той-же самой области интересовъ.

Возмѣщеніе, кромѣ ближайшаго дѣйствія, соотвѣтствующаго его особому назначенію, имѣетъ еще общее значеніе какъ для потерпѣвшей ущербъ отдѣльной личности, такъ и для совокупности таковыхъ; это значеніе подобно значенію наказанія.

Возмѣщеніе, предлагается ли оно добровольно или по принужденію, съ одной стороны даетъ удовлетвореніе самочувствію потерпѣвшаго; вмѣстѣ съ тѣмъ оно пригодно для того, чтобы уменьшить аффекты, вызванные въ душѣ пострадавшаго противуправнымъ дѣяніемъ, и ослабить могущее возникнуть въ немъ недовѣріе къ силѣ права; въ этомъ отношеніи возмѣщеніе совпадаетъ съ тѣми дѣйствіями, которыя соединяются съ частными наказаніями. Въ отношеніи публичныхъ интересовъ возмѣщеніе имѣетъ значеніе, придаваемое всѣмъ юридическимъ послѣдствіямъ вообще (§ 281) и частноправовымъ (къ которымъ собственно относится возмѣщеніе), въ особенности (§ 287).

Это значеніе у него обще съ публичнымъ наказаніемъ (не по объему, но по признакамъ понятія).

Именно, представимъ себѣ, напр., отмѣну наказаній за тѣлесныя повреждения и нарушенія тѣлесной неприкосновенности. Безъ сомнѣнія, уменьшеніе значенія и цѣнности разсматриваемыхъ нормъ имѣло бы послѣдствіемъ уменьшеніе обезпеченности обоихъ указанныхъ благъ, обращеніе со стороны потерпѣвшаго къ самопомощи и, вообще, ослабленіе узъ порядка и гражданскаго мира. Представимъ себѣ, наоборотъ, отмѣну возмѣщенія и вообще юридическихъ послѣдствій, относящихся ко второй группѣ (§ 292), въ составѣ коей таковыя послѣдствія сопряжены съ нарушеніемъ непосредственныхъ имущественныхъ правъ и обязательствъ по договору. Въ этомъ случаѣ точно также, безъ сомнѣнія, послѣдствіемъ отмѣны явилось бы уменьшеніе цѣнности и

значенія соотвѣтствующихъ юридическихъ нормъ, уменьшеніе обезпеченности находящихся подъ его охраною благъ, обращеніе къ самопомощи и ослабленіе узъ гражданскаго порядка. Такимъ образомъ значеніе отсутствія обоихъ различныхъ послѣдствій неправды было бы въ извѣстныхъ границахъ тождественно, а вмѣстѣ съ тѣмъ было-бы тождественно и значеніе вступленія этихъ послѣдствій въ данныя границы.

§ 306.

Въ сказанномъ находитъ свое объясненіе тотъ фактъ, что область примѣненія наказаній тамъ, гдѣ есть просторъ для другихъ юридическихъ послѣдствій, является более ограниченною, нежели тамъ, гдѣ для таковыхъ мѣста не имѣется.

Гдѣ нѣтъ мѣста другимъ юридическимъ послѣдствіямъ, тамъ угрозы наказаніемъ являются общимъ правиломъ. Если даже иногда, при отсутствіи иныхъ юридическихъ послѣдствій, тѣмъ не менѣе не примѣняются и наказанія (напр. при проступкахъ государей), то это происходитъ въ силу обстоятельствъ, не допускающихъ примѣненія принудительныхъ мѣръ къ данному случаю вообще, вслѣдствіе чего и примѣненіе уголовнаго принужденія на этотъ разъ является не осуществимымъ или сопряженнымъ съ очень серьозными неудобствами.

Наоборотъ, гдѣ кромѣ наказаній существуетъ просторъ для примѣненія другихъ юридическихъ послѣдствій (согласно природѣ видовъ неправды), тамъ вышеприведенное правило не имѣетъ силы. Напр., въ области имущественныхъ отношеній: многообразные виды правонарушеній отношеній договорныхъ и недоговорныхъ не влекутъ за собою никакихъ наказаній; за ними слѣдуетъ лишь обязанность возмѣщенія и въ случаѣ необходимости мѣры принудительнаго взысканія. То-же самое въ области семейнаго права и въ различныхъ частяхъ публичнаго права нѣкоторыя нарушенія обязанностей влекутъ за собою только мѣры гражданскаго взысканія. Сравни: Merkel, Krim. Abhandlungen I.

§ 307.

2. Юридическія послѣдствія правонарушеній, какъ проявленія силы права, направляемой противъ виновнаго, въ отношеніи правонарушителя получаютъ значеніе *зла*; при чемъ указанный моментъ при наказаніи имѣетъ бо̀льшее значеніе, чѣмъ при прочихъ юридическихъ послѣдствіяхъ.

Всѣ юридическія послѣдствія неправды имѣютъ признаки ограниченія свободы виновнаго и вмѣстѣ съ тѣмъ съ общечеловѣческой точки зрѣнія значеніе зла для лица, противъ котораго они направляются, независимо отъ того, идетъ ли рѣчь объ обязанности возмѣщенія, или о принужденіи къ исполненію тѣхъ или другихъ обязанностей, или уплатѣ денежнаго наказанія или наказаніи лишеніемъ свободы.

§ 308.

Обязанность возмѣщенія и принужденія къ нему, а также всякія родственныя имъ юридическія послѣдствія выполняютъ свое особое назначеніе (§§ 295, 296), независимо отъ того, ощущаются-ли онѣ пораженнымъ въ качествѣ зла, или нѣтъ; между тѣмъ какъ при примѣненіи наказанія положеніе мѣняется.

Уравненіе, которое должно быть произведено возмѣщеніемъ въ области имущественныхъ интересовъ потерпѣвшаго, нисколько не зависитъ отъ зна-

ченія этого юридическаго послѣдствія для интересовъ обязаннаго къ возмѣщенію.

Напротивъ, наказаніе тюремнымъ заключеніемъ, не производящее на привычнаго преступника впечатлѣніе зла или и въ плохія времена являющееся даже желательнымъ для него въ смыслѣ призрѣнія, никоимъ образомъ не соотвѣтствовало бы идеѣ наказанія. Оно скорѣе содѣйствовало бы охранѣ и повышенію силы преступниковъ, нежели силы права и находящихся подъ его охраною интересовъ.

Подобная противоположность проявляется, однако, только въ особомъ назначеніи разсматриваемыхъ юридическихъ послѣдствій. Что же касается значенія возмѣщенія и связанныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій сверхъ ихъ ближайшей цѣли для правового порядка, въ чемъ они совпадаютъ (§ 305) съ наказаніями, то оно отъ упомянутаго свойства зависитъ столь же мало, какъ и значеніе наказаній.

§ 309.

Дальнѣйшая противоположность между возмѣщеніемъ и наказаніемъ выражается въ ихъ *формѣ*.

Что касается формы возмѣщенія, то ближайшая цѣль этого вида послѣдствій правонарушенія — специфическое уравненіе имущественнаго вреда, представляетъ болѣе опредѣленные признаки, чѣмъ цѣль наказанія.

Имущественное повреждение въ размѣрѣ 100, можетъ быть всегда уравнено имущественно — правовымъ дѣйствіемъ, которое представляетъ цѣнность въ 100.

Напротивъ, внѣшняя сторона облагаемаго наказаніемъ правонарушенія не даетъ относительно формы послѣдняго ничего опредѣленнаго. Принимаемое во вниманіе значеніе повреждения вещи, оскорбленія, нарушенія общественнаго мира и т. д. столь-же мало указываютъ признаки соотвѣтствующаго наказанія, какъ лихорадочныя состоянія—необходимое лѣкарство. Отсюда—большая измѣнчивость формъ наказанія.

Сказаннаго, конечно, вовсе не нужно понимать въ томъ смыслѣ, что относительно выбора наказанія единственнымъ рѣшающимъ моментомъ является и можетъ быть произволъ законодателя! Напротивъ, условія, при которыхъ наказанія въ данномъ обществѣ могутъ дѣйствовать сообразно своему назначенію, образуютъ извѣстныя границы, и для одного вида преступленій является болѣе цѣлесообразнымъ или болѣе соотвѣтствующимъ справедливости одинъ видъ наказанія, для другого—другой. Такъ, напр., непроизвольно, съ преступленіями, вытекающими изъ низменныхъ побужденій, законы соединяютъ наказанія, сопряженныя съ лишеніемъ чести. Такъ, частноправовой точкѣ зрѣнія (§ 300) соотвѣтствуютъ вообще иные виды наказаній, нежели публичноправовой (§ 301). Такъ, младенческій и зрѣлый возрастъ народовъ выставляютъ различныя виды наказаній (§ 310 sub. 3). Поэтому въ Римѣ во время Константина не случайно преобладали иныя наказанія, нежели во время Гракховъ, въ Германіи въ 17 столѣтіи—другія, нежели теперь. Связь, соединяющая своеобразную систему наказаній даннаго времени съ системою наказуемыхъ дѣяній той же эпохи, образуется соціально-политическими условіями и культурою этого времени. Сравни § 242. Merkel. Recktoratsrede (см. § 144).

Съ другой стороны возмѣщеніе и принужденіе къ исполненію допускаютъ также извѣстное измѣненіе формъ; примѣры тому находятся, какъ въ исторіи римскаго, такъ и въ исторіи германскаго права. Указанная здѣсь противоположность поэтому столь же мало абсолютна, какъ и упоминаемая въ §§ 307 и 308.

§ 310.

О возмѣщеніи и родственныхъ ему юридическихъ послѣдвіяхъ рѣчь будетъ еще въ главахъ, говорящихъ о частномъ правѣ и гражданскомъ процессѣ; приведенныя данныя о наказаніи найдутъ свое пополненіе въ главахъ объ уголовномъ правѣ и уголовномъ процессѣ.

Выставленное различіе обѣихъ группъ юридическихъ послѣдствій правонарушеній встрѣчаетъ возраженіе въ цѣломъ рядѣ другихъ теорій, которыя по своему основному характеру могутъ быть сведены къ нижеслѣдующимъ положеніямъ. (Разсматривая эти теоріи, подъ возмѣщеніемъ мы будетъ понимать всѣ родственныя ему юридическія послѣдствія).

1) Одни между возмѣщеніемъ и наказаніемъ не находятъ никакой связи, никакого совпаденія и вообще ничего, кромѣ противоположности. Согласно этому взгляду, только возмѣщеніе должно сообразоваться съ причинностью противуправнаго дѣянія и имѣть свою цѣль въ уравненіи, мѣра же и назначеніе наказанія, напротивъ, этихъ вопросовъ не должны касаться. Поэтому совершенное правонарушеніе, вмѣстѣ съ вытекающими изъ него бѣдствіями и опасностями, для наказанія имѣетъ значеніе только случайной причины, подобно мѣропріятіямъ, упомянутымъ въ § 276, различающемъ юридическія послѣдствія въ прямомъ смыслѣ и переносномъ.

Впрочемъ, въ настоящемъ случаѣ можно себѣ представить возможность двоякаго рода: а) Наказаніе можно отнести къ потребностямъ, сказавшимся путемъ правонарушенія, независимо отъ ихъ происхожденія, напр., къ обнаружившейся потребности исправить виновнаго или устрашительнымъ путемъ напомнить ему о силѣ права, при чемъ виновный разсматривается, какъ ближайшій, находящійся подъ руками, объектъ для установленія примѣра. Что наказаніе можетъ служить и подобнымъ потребностямъ, не находящимся въ прямой связи съ правонарушеніемъ, и только имъ выясненнымъ, мы уже говорили выше; b) Но можно совершенно не обращать вниманія на указанную въ п. а связь между правонарушеніями и наказаніями. Въ такомъ случаѣ первыя получатъ простое значеніе произвольно избранныхъ условныхъ терминовъ, при помощи которыхъ государство можетъ завладѣвать опредѣленными индивидами, чтобы воспользоваться ими какъ средствами для своихъ цѣлей. Согласно сему, напр., убійца наказывался бы смертью не потому, что смертная казнь соразмѣрна съ реальнымъ для права и ввѣренныхъ ему интересовъ значеніемъ названнаго преступленія и даже не по соображенію съ потребностями, обнаружившимися вслѣдствіе упомянутаго дѣянія, но развѣ только потому, что смертная казнь считалась бы полезнымъ институтомъ, и законодатель находилъ бы въ убійцѣ corpus vile, къ которому полезное установленіе можно примѣнить безъ размышленія.

2) Сторонники второй теоріи основы наказанія и возмѣщенія ищутъ въ законченномъ дѣяніи, при чемъ разлагаютъ это дѣяніе на его внѣшніе и внутренніе признаки и думаютъ, что для возмѣщенія руководящимъ принципомъ исключительно служатъ внѣшніе признаки, для наказанія же—внутренніе.

(Вслѣдствіе этого считаютъ совершеніе преступленія и покушенія равнозначущими, см. § 765, стр. 1).

Ошибка, однако, получается въ обоихъ направленіяхъ, такъ какъ съ одной стороны фактъ внѣшняго характера, не зависящій отъ воли правонарушителя, ему не вмѣняется и не создаетъ никакой обязанности возмѣщенія, съ другой стороны злая воля, не дѣйствующая имѣющимъ для права и охраняемыхъ имъ интересовъ значеніе образомъ не даетъ повода къ примѣненію какого бы то ни было наказанія. Въ дѣйствительности юридическія послѣдствія обоихъ видовъ связаны съ наличностью, какъ внѣшнихъ, такъ и внутреннихъ признаковъ правонарушеній (§ 260 и сл.):

3) Нѣкоторые, высказывая на данный вопросъ свой взглядъ, не обращаютъ вниманія на различія, указанныя въ текстѣ настоящей книги, и относятъ всѣ юридическія послѣдствія не такъ, какъ того требуетъ истина, т. е. на счетъ правонарушительной дѣятельности, но лишь къ одной спеціальной сторонѣ послѣдней. Именно, говоря о наказаніи и возмѣщенія, сторонники третьей группы разсматриваемыхъ теорій представляютъ себѣ только ближайшія мыслимыя послѣдствія даннаго дѣянія, непосредственно нарушающія предписанія права (§ 295); такъ, при убійствѣ и лишеніи жизни, при тѣлесномъ поврежденіи, уничтоженіи чужихъ вещей они имѣютъ въ виду лишь результатъ, на который указываетъ названіе и понятіе этихъ правонарушеній. (Согласно этому взгляду устанавливается принципіальное противоположеніе оконченнаго преступленія покушенію, при которомъ имѣется на лицо только одна преступная воля, см. § 765, ц. 2). Изъ подобнаго воззрѣнія вытекаетъ то послѣдствіе, что относительно наказаній выставляютъ требованія, имѣющее внутреннее оправданіе только въ отношеніи возмѣщенія. Таково прежде всего требованіе, чтобы наказаніе, насколько возможно, приноровлялось къ причиненному преступленіемъ ближайшему послѣдствію, чтобы ближайшему злу дѣянія противопоставлялось бы специфически равное зло. „Кровь за кровь", „око за око", „зубъ за зубъ", „какъ ты мнѣ, такъ я тебѣ". Это требованіе въ правѣ древнихъ народовъ неоднократно находило признаніе въ примѣненіи къ опредѣленнымъ видамъ правонарушеній (принципъ таліона). Отсюда видно, что разсматриваемое воззрѣніе соотвѣтствуетъ младенческому міровоззрѣнію, постоянно руководствующемуся тѣмъ, что бросается въ глаза. Ближайшее зло, напр., смерть потерпѣвшаго при убійствѣ, при такомъ міровоззрѣніи, заступаетъ мѣсто непосредственно соединенныхъ съ преступленіемъ и далѣе идущихъ послѣдствій, по отношенію къ которымъ право должно охранять свое господство и ввѣренные ему интересы; при этомъ идея равенства наказанія съ причиненнымъ преступленіемъ зломъ замѣняютъ собою необходимую пропорціональность между послѣдствіями правонарушенія и энергіею исходящихъ отъ права противодѣйствій. Въ этомъ специфическомъ равенствѣ между malum actionis и malum passionis принципъ уравнивающей справедливости находитъ, какъ у юныхъ народовъ, такъ и у дѣтей, свое самое понятное, а потому и удовлетворительное выраженіе.

Сравни Lehrbuch § 10 и цитированныя выше при § 144 сочиненія Merkel'я въ особенности „Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht".—Относительно природы наказанія еще J. Bentham, Grundsätze der Zivil-und Kriminal-Gesetzgebung, изд. Dumont, нѣм. пер. Beneke II, 30. Wahlberg въ Holtzendorffs Handb. d. d. Strafr. II, 429. Цитаты въ § 260 и 782.

ТРЕТЬЯ ГЛАВА.

Примѣненіе права и наука права.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Примѣненіе права.

§ 311.

Въ послѣдующихъ главахъ мы подвергнемъ разсмотрѣнію извѣстныя условія и формы примѣненія данныхъ положеній права и правовыхъ системъ; именно, нашему разсмотрѣнію будутъ подлежать такія условія и формы, которыя имѣютъ болѣе общее значеніе, неограничивающееся отдѣльными частями права.

I. Область примѣненія правовыхъ положеній.

(Коллизія законовъ).

1. Вообще.

§ 312.

Всякое положеніе права въ преемствѣ и сосуществованіи юридической жизни имѣетъ ограниченную область примѣненія, за предѣлами которой господствуютъ другія положенія права.

Ясно, что для того, чтобы примѣнить данное правовое положеніе къ данному юридическому факту, необходимо, чтобы послѣдній по своимъ конкретнымъ признакамъ подходилъ къ указанной области примѣненія юридическихъ положеній.

§ 313.

Случается, что къ данному реальному факту можно отнести сразу нѣсколько различныхъ правовыхъ положеній или, точнѣе сказать, различные законы по своимъ фактическимъ предположеніямъ равнымъ образомъ относятся къ данному случаю и какъ-бы спорятъ изъ-за господства надъ нимъ. Такъ, въ споръ изъ за преобладанія, напр., по поводу сдѣлки купли могутъ вступить старый и новой законъ, общій и партикулярный, нѣмецкій и французскій. Для подобныхъ случаевъ необходимы правила, согласно которымъ рѣшался-бы вопросъ о примѣненіи сталкивающихся конкуррирующихъ законовъ.

Собственно говоря, въ дѣйствительности въ подобныхъ условіяхъ нѣтъ настоящей „коллизіи"; дѣло идетъ только объ изслѣдованіи, который изъ нѣсколько конкуррирующихъ законовъ долженъ найти примѣненіе въ данномъ случаѣ.

§ 314.

Должно различать двѣ главныхъ формы такой конкурренціи или коллизіи законовъ, именно: 1) между положеніями права, слѣдующими другъ за другомъ во времени: коллизія во времени, 2) между положеніями права, имѣющими силу одновременно: коллизія въ пространствѣ.

2. Коллизія во времени.

§ 315.

Между нѣсколькими касающимися того же самаго предмета положеніями права, слѣдующими другъ за другомъ во времени, отдается предпочтеніе получившему силу позднѣе. «Lex posterior derogat priori».

§ 316.

Этотъ принципъ, однако, не даетъ рѣшенія для случаевъ, когда сдѣлка была заключена или правонарушеніе совершено при господствѣ

стараго закона, а предметомъ судебнаго разсмотрѣнія они сдѣлались только въ то время, когда силу получилъ новый законъ.

Какой законъ въ такихъ случаяхъ долженъ примѣнить судья? Старый-ли, потому что обсуждаемые факты имѣли мѣсто при его господствѣ, или новый, такъ какъ онъ содержитъ въ себѣ дѣйствующее опредѣленіе права, содержитъ выраженіе руководящихъ убѣжденій и интересовъ въ настоящую минуту?

v. Sawigny, System, VII. Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, 53. Lassalle, System der wohlerworbenen Rechte I. 2. A. 80. Seeger, Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 62. R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, 63. Meyne, Essai sur la rétroactivité des lois répressives, Brüssel, 63. Aloria, della retroattività delle leggi, 68. Gabba, della retroattività in materia penale, Pisa 69. Binding, Normen, I. Göppert, Das Prinzip „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft", geschichtlich und dogmatisch entwickelt, hrsg. von Eck, 84. Учебники пандектъ и уголовнаго права.

§ 317.

Для судьи въ такихъ случаяхъ рѣшающимъ является то, что опредѣлено относительно этого вопроса самимъ законодателемъ. Если законодатель хочетъ примѣнить новый законъ къ уже заключеннымъ сдѣлкамъ или совершеннымъ правонарушеніямъ, то онъ придаетъ ему въ этомъ смыслѣ «обратную силу» *), что и является руководящимъ началомъ.

Но какъ фактически законы относятся къ нашему вопросу?

Вводный законъ къ Гражданскому уложенію Германской Имперіи даетъ подробныя „переходныя предписанія" для отдѣльныхъ юридическихъ отношеній

§ 318.

Вообще законы даютъ намъ по этому вопросу правило, ограниченное исключеніями.

Правило же гласитъ, что старый законъ, т. е. тотъ, при господствѣ котораго была заключена сдѣлка или совершено правонарушеніе, долженъ быть примѣненъ; новому закону, слѣдовательно, не должно придавать обратной силы.

Это правило не относится къ случаямъ, такъ называемаго, „аутентическаго толкованія" стараго закона, т. е. къ законодательному опредѣленію о томъ, какъ должно толковать этотъ старый законъ. Такому опредѣленію должно безъ сомнѣнія придавать обратную силу.

§ 319.

Изложенное правило должно считаться имѣющимъ силу также для тѣхъ случаевъ, когда законы прямо не отвѣчаютъ на вопросъ; это мы можемъ заключить изъ того, что подобное сужденіе вообще болѣе соот-

---

*) Русское законодательство держится того же принципа. Новый законъ дѣйствуетъ только на будущее время, если обратное его дѣйствіе не оговорено спеціально. См. 60 и 61 Основныхъ законовъ. Сводъ зак. т. I, часть 1.

вѣтствуетъ смыслу опредѣленій права и судейскимъ функціямъ, а, слѣдовательно, и предполагаемымъ намѣреніямъ выражающейся въ законѣ воли законодателя, нежели сужденіе противоположное. Разсмотримъ настоящій вопросъ поближе.

§ 320.

Юридическія сдѣлки и правонарушенія, согласно дѣйствующему праву, вызываютъ новыя юридическія отношенія; функція-же судьи, по поводу послѣднихъ, въ нормальномъ порядкѣ заключаются въ томъ, чтобы закрѣпить возникшія юридическія отношенія, но не создавать новыя.

Вопросъ-же, о томъ какія юридическія отношенія возникли вслѣдствіе подобныхъ дѣйствій, отсылаетъ насъ къ тому праву, которое имѣло рѣшающее значеніе для ихъ возникновенія, т. е. къ тому праву, при господствѣ котораго означенныя дѣйствія были предприняты.

§ 321.

Если-бы ранѣе совершенныя дѣйствія обсуждались по новому закону, то это повело-бы не къ закрѣпленію вызванныхъ ими въ свое время юридическихъ послѣдствій, но къ *ничтожности* ихъ по сравненію съ тѣми, которыя возникли въ согласіи съ новымъ закономъ.

Уничтоженіе юрид. силы отношеній въ виду дѣйствія новаго закона можетъ имѣть свое основаніе и быть предписаннымъ законодателемъ, но тѣмъ не менѣе предположеніе, что законодатель своими реформами именно добивался подобнаго результата, мало допустимо, такъ какъ такое положеніе вещей не соотвѣтствуетъ общему смыслу прогресса права, которому противорѣчитъ отрицаніе дѣйствительности законнымъ путемъ возникшихъ юридическихъ отношеній и вытекающее отсюда постоянное разрушеніе своей собственной дѣятельности.

И тѣмъ труднѣе предполагать такой отрицательный смыслъ реформъ, чѣмъ болѣе право пріобрѣтаетъ способности господствовать надъ большимъ и послѣдовательнымъ развитіемъ общественной жизни, чѣмъ всестороннѣе оно стремится выполнить поставленную себѣ задачу: для созиданія отношеній и достиженія послѣдствій предпринимаемыхъ дѣйствій, всѣмъ членамъ общества предложить объективное и надежное мѣрило, основанное на общемъ убѣжденіи и пониманіи интересовъ, независимо отъ отдѣльныхъ частныхъ случаевъ. Согласно этому, изложенное въ текстѣ нашей книги правило въ связи съ прогрессомъ права получаетъ въ указанныхъ отношеніяхъ большее значеніе. Относительно наказаній за правонарушенія долго существовало воззрѣніе, будто-бы законы даются только для судей, а не для гражданъ, объ обязанностяхъ которыхъ въ данномъ случаѣ идетъ дѣло. При такомъ положеніи вещей долженъ былъ остаться не разрѣшеннымъ вопросъ, какія юридическія отношенія уголовнаго характера могли быть связаны съ дѣйствительными или предполагаемыми злодѣяніями? Заслуга современнаго государства, между прочимъ, именно заключается въ томъ, что оно отказалось отъ подобнаго воззрѣнія вмѣстѣ съ его послѣдствіями и приняло во вниманіе требованія, предъявлемыя ему какъ относительно порядка юридическихъ отношеній вообще, такъ и отношеній уголовноправовыхъ въ частности.

§ 322.

Далѣе, выставленное правило о примѣненіи закона имѣетъ силу не только въ отношеніи юридическихъ сдѣлокъ и правонарушеній, но также и для другихъ юридическихъ условій примѣненія правовыхъ нормъ, съ которыми связано возникновеніе субъективныхъ правъ и сооотвѣтствующихъ обязанностей.

Представимъ себѣ, напр., вопросъ: закономѣрно-ли возникло судейское рѣшеніе и вошло-ли оно въ законную силу, въ соотвѣтствіи-ли съ закономъ совершено какое-либо дѣйствіе должностнаго лица? Или—достигло-ли опредѣленное лицо правъ совершеннолѣтія? При разрѣшеніи всѣхъ этихъ вопросовъ дѣйствуетъ выставленное общее правило. Оно не примѣняется только въ томъ случаѣ, когда, при господствѣ стараго права, лишь отдѣльные элементы состава фактическихъ предположеній достигли осуществленія. Напр., кто-либо приблизился къ опредѣленному старымъ закономъ возрасту совершеннолѣтія, но его еще не достигъ въ моментъ вступленія въ силу новаго закона; или судебный процессъ уже возникъ, согласно нормамъ стараго закона, но не былъ еще завершенъ, когда вошелъ въ силу новый процессуальный законъ. Здѣсь для завершенія фактическихъ предположеній состава и его юридическихъ послѣдствій получаетъ рѣшающее значеніе вообще только новый законъ. По исключеніе, однако, въ подобныхъ случаяхъ предпочтеніе иногда предоставляется старому закону.

§ 323.

Исключенія изъ указаннаго правила являются основательными и допускаются только тамъ, гдѣ дальнѣйшее существованіе юридическихъ отношеній, возникшихъ при старомъ законѣ, представляется несогласимымъ съ этическими воззрѣніями и интересами, лежащими въ основѣ новаго закона и при помощи его достигшими господства.

Представимъ себѣ реформы, сооединенныя съ отмѣною крѣпостной зависимости. Выразившееся въ нихъ этическое воззрѣніе клонится къ тому, что соотвѣтствующія отношенія негодны и вредны для общества въ этическомъ смыслѣ. Но подобное воззрѣніе въ свою очередь получаетъ удовлетворительное выраженіе лишь въ такихъ законахъ, которые не только подавляютъ образованіе отрицаемыхъ отношеній вновь, но уничтожаютъ также и дальнѣйшее существованіе уже возникшихъ.

Уваженіе къ авторитету прежняго права и къ возникшимъ на основаніи его субъективнымъ правамъ часто находитъ въ такихъ случаяхъ выраженіе въ опредѣленіяхъ, обезпечивающихъ возмѣщеніе убытковъ тѣмъ лицамъ, которыя пострадали отъ проведенія реформъ; это возмѣщеніе производится или изъ общественныхъ средствъ или изъ средствъ тѣхъ, чьимъ интересамъ непосредственно оказывается содѣйствіе реформою *).

§ 324.

Наиболѣе серьезныя исключенія изъ общаго правила въ пользу этическихъ требованій даетъ современное уголовное право, сообщающее

*) Ср. въ Россіи выкупъ крестьянскихъ земель у помѣщиковъ.

обратную силу новымъ законамъ тогда, когда они мягче, чѣмъ замѣняемые ими.

Сравни имперское уголовное уложеніе § 2.

Однако, эта обратно дѣйствующая сила закона обыкновенно не распространяется (по дѣйствующему германскому праву никогда) на такія уголовноправовыя отношенія, которыя уже получили свой опредѣленный видъ при посредствѣ судейскаго приговора.

3. Коллизія въ пространствѣ между одновременно существующими положеніями права.

§ 325.

Здѣсь должно различать:

1. Коллизіи между положеніями права различныхъ государствъ.

2. Коллизіи между правовыми положеніями того-же самого государства.

Обыкновенно эти коллизіи въ пространствѣ называютъ „коллизіями статутовъ". Такое выраженіе объясняется тѣмъ, что коллизіи подобнаго рода впервые получили практическое значеніе въ столкновеніяхъ различныхъ партикулярныхъ и мѣстныхъ правъ одного и того же государства; права же эти на прежнемъ языкѣ назывались „статутами". Позднѣе положенія, выработанныя для коллизій статутовъ были перенесены на коллизію законовъ различныхъ государствъ, при чемъ и сохранилось прежнее названіе. Совокупность положеній права для разрѣшенія подобныхъ колебаній называютъ „международнымъ" (частнымъ, уголовнымъ) правомъ.

§ 326.

1. Столкновеніе между положеніями права двухъ или нѣсколькихъ государствъ можетъ возникнуть изъ того, что составъ фактическихъ предположеній съ его юридическими послѣдствіями можетъ имѣть свое самостоятельное значеніе для правового порядка каждаго изъ заинтересованныхъ государствъ.

Кромѣ цитированныхъ въ § 316: v. Bar, Das internationale Privat-u. Strafrecht 62. Theorie u. Praxis des internat. Privatrechts 89. Lehrbuch des int. Privatr. 92. v. Mohl, Die völkerrechtl. Lehre vom Asyl in s. Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik I. Binding, Entwurf eines Strafgesetzbuchs f. d. Nordd. Bund 69 S. 116. Wharton, A. treatise on the conflict of laws, Philad. 72. v. Rohland, Das internationale Strafrecht 77. Laurent, Le droit civil international 80 f. Autrys Rau, Cours de droil civil § 31. Lammasch, Auslieferungsrecht und Asylrecht 87. v. Martitz, Internat. Rechtshilfe in Strafsachen 88. Meili; Geschichte u. System des internat. Privatz. 92. Zitelmann, Internat. Privatrecht 97 f. Niemeyer, Das internat. Privatr. im Entwurf eines B. 96.—Zeitschrift für internat. Privatr. u. Strafrecht hrsg. von Böhm seit 90.

§ 327.

Юридическія отношенія и правонарушенія и въ данномъ случаѣ выступающія на первый планъ, могутъ имѣть значеніе для правопорядка государства:

a) потому что: осуществленіе ихъ фактическаго состава имѣло мѣсто на территоріи даннаго государства и потому что (при юридическихъ сдѣлкахъ), желаемыя юридическія послѣдствія сдѣлки должны осуществиться на этой территоріи; слѣдовательно, здѣсь всюду вступаетъ *территоріальное* значеніе фактовъ;

b) потому что участвующіе субъекты принадлежатъ къ числу подданныхъ даннаго государства, слѣдовательно вслѣдствіе *личныхъ* отношеній;

c) независимо отъ указанныхъ фактовъ вслѣдствіе особой природы *содержанія* юридическихъ отношеній.

§ 328.

Участвующими лицами являются какъ тѣ, чьи дѣйствія составляютъ предметъ обсужденія, такъ и тѣ, чьи охраняемые правомъ интересы принимаются въ соображеніе.

§ 329.

Напр., заключеніе брака можетъ затрогивать правовый порядокъ германскаго государства:

къ a) такъ какъ оно совершилось на германской территоріи или

такъ какъ въ германской территоріи должны осуществиться его желаемыя юридическія послѣдствія,

къ b) такъ какъ супруги германцы.

§ 330.

Такъ, преступленіе поддѣлки монеты можетъ затрогивать правовый порядокъ даннаго государства:

къ a) такъ какъ противоправное дѣяніе совершено на его территоріи;

къ b) такъ какъ поддѣлыватель подданный того государства, или

такъ какъ преступленіе нарушаетъ основы туземнаго денежнаго оборота (представимъ себѣ поддѣлку бумажныхъ денегъ) и вмѣстѣ съ тѣмъ поражаетъ интересы лицъ, подлежащихъ правовой охранѣ даннаго государства.

§ 331.

Изъ сказаннаго ясно, что та-же самая сдѣлка и тоже самое правонарушеніе могутъ имѣть самостоятельное значеніе для правоваго порядка нѣсколькихъ государствъ; отсюда же видно, какое значеніе могутъ имѣть упомянутыя юридическія дѣйствія. Кромѣ того съ точки зрѣнія территоріальности эти факты могутъ одно значеніе имѣть для государства А, и, съ точки зрѣнія личныхъ отношеній, другое значеніе для государства В.

Возможно также, что возникшее на территоріальной почвѣ отношеніе само по себѣ указываетъ на нѣсколько государствъ (заключеніе брака во Франціи, продолженіе состоянія въ бракѣ въ Германіи); подобное же положеніе можетъ возникнуть и на почвѣ личныхъ отношеній (виновникъ

правонарушенія французъ, пораженный имъ въ своихъ правахъ нѣмецъ; покупатель товара французъ, продавецъ нѣмецъ).

§ 332.

Что имѣетъ силу относительно юридическихъ сдѣлокъ и правонарушеній, то по аналогіи сохраняетъ значеніе и для другихъ юридическихъ фактовъ.

Итакъ, законы какого государства должны примѣнять суды въ подобныхъ случаяхъ?

Среди юридическихъ фактовъ, о которыхъ помимо правонарушеній и сдѣлокъ можетъ зайти рѣчь въ настоящемъ случаѣ, между прочимъ, можно отмѣтить правительственныя дѣйствія. Возьмемъ, напр., судебную дѣятельность германскихъ консуловъ на востокѣ. Акты таковой дѣятельности имѣютъ значеніе и для правового порядка того государства, гдѣ консулы пребываютъ, и для правового порядка того государства, къ которому въ качествѣ его органовъ консулы принадлежатъ наравнѣ съ лицами, пассивно участвующими въ осуществленіи судебной консульской дѣятельности.

§ 333.

Для судовъ каждаго государства въ отдѣльности при рѣшеніи вопроса, какой законъ долженъ получать примѣненіе въ вышеуказанныхъ случаяхъ, рѣшающее значеніе, само собою разумѣется, имѣетъ то, что говорятъ объ этомъ законы даннаго государства.

Имперское уложеніе о наказаніяхъ §§ 3—8. Вводный законъ къ гражданскому уложенію Германской Имперіи §§ 7—31.

§ 334.

Тѣмъ не менѣе установленныя цивилизованными государствами правила относительно коллизіи законовъ въ виду взаимныхъ отношеній, существующихъ между этими государствами, развились на основахъ взаимнаго признанія ихъ правового порядка и освященнаго международнымъ правомъ принципа равноправности (§ 860).

§ 335.

На основаніи указанныхъ правилъ въ вопросѣ столкновенія законовъ, согласно принципу территоріальности (см. § 63), по отношенію юридическихъ сдѣлокъ и правонарушеній, въ качествѣ подлежащаго примѣненію ближайшимъ образомъ, дѣйствуетъ законъ того государства, на которое указываетъ территоріальная связь съ предшествовавшими фактами.

Но наряду съ этою территоріальною связью всюду принимаются во вниманіе также въ извѣстномъ, неопредѣленномъ объемѣ и личныя отношенія.

Помимо вопроса, какого государства частное или уголовное право должно быть примѣнено въ каждомъ данномъ случаѣ, далеко не всюду разрѣшенъ другой вопросъ, предъ судами какого государства должно предстать соотвѣтствующее дѣло. Особыя правила имѣютъ преимущественную силу главнымъ образомъ для разрѣшенія этого второго вопроса.

§ 336.

Напр., по германскому праву наказуемыя дѣянія, совершенныя на германской территоріи, безразлично туземцами ли или иностранцами, караются на основаніи и по соображенію съ германскими уголовными законами.

Но кромѣ того эти законы примѣняются еще и къ нѣкоторымъ дѣяніямъ, совершеннымъ внѣ германской территоріи, если они или были совершены германцами, или направлялись противъ государственныхъ германскихъ установленій или ихъ публичныхъ интересовъ.

Въ послѣднеупомянутыхъ случаяхъ, т. е. тамъ, гдѣ соотвѣтствующія дѣйствія совершаются заграницею и иностранцами противъ этихъ установленій и т. д. (представимъ себѣ государственную измѣну противъ Германской Имперіи, предпринятую иностранцемъ и изъ-за границы), слѣдующее, на основаніи германскихъ законовъ, наказаніе имѣетъ характеръ (законной) самопомощи, такъ какъ наказуемый не подчиненъ этой государственной власти и осуществленіе актовъ послѣдней по отношенію къ нему поэтому не имѣетъ вовсе правительственнаго характера.

§ 337.

Еще болѣе преобладаетъ территоріальная связь въ вопросѣ о юридическихъ сдѣлкахъ.

Напр., относительно формъ юридической сдѣлки достаточно вообще соблюденіе права того государства, на территоріи котораго сдѣлка заключается («locus regit actum»); послѣдствія юридической сдѣлки обусловливаются правомъ того государства, на территоріи котораго эти послѣдствія должны осуществиться.

Для сдѣлокъ вещнаго права (§ 536, напр., перенесенія собственности на земельный участокъ) обыкновенно имѣетъ рѣшающее значеніе право той мѣстности, гдѣ вещь находится („lex rei sitae“) и гдѣ въ дѣйствительности должны осуществиться ожидаемыя юридическія послѣдствія. По вводному закону къ гражданскому уложенію для Германской Имперіи это положеніе имѣетъ силу даже для формы такихъ сдѣлокъ.

§ 338.

Для другихъ юридическихъ фактовъ нельзя указать никакого господствующаго правила. Въ общемъ, относительно многихъ изъ нихъ преобладающее значеніе получаютъ личныя отношенія. Такъ, при должностныхъ дѣйствіяхъ, при совершеніи ихъ, для чиновника рѣшающимъ принципомъ является право той страны, въ качествѣ органа которой чиновникъ функціонируетъ, безразлично гдѣ-бы ни происходила его дѣятельность.

Тоже самое нужно сказать относительно фактовъ, имѣющихъ рѣшающее значеніе для юридическаго положенія лица вообще (совершеннолѣтіе, принадлежность къ государству и т. д).

Въ новѣйшее время (временно господствующій) принципъ територіальности въ области частнаго международнаго права часто вытѣснялся ссылкою на принадлежность лица къ опредѣленному государству. Поэтому и вводный законъ къ Гражданскому уложенію Германской Имперіи для личнаго, семей-

наго и наслѣдственнаго права предоставляетъ рѣшающее значеніе праву того государства, къ которому принадлежитъ лицо („принципъ національности").

§ 339.

2. Подобныя коллизіи права различныхъ государствъ могутъ имѣть мѣсто между сосуществующими положеніями права того-же самаго государства, если, напр., въ немъ въ различныхъ областяхъ или другихъ частяхъ дѣйствуютъ различныя системы права.

Сравни отдѣлъ объ источникахъ нѣмецкаго гражданскаго права § 559 и сл. См. § 325. Прим.

§ 340.

При обсужденіи этихъ коллизій рѣшающее значеніе имѣютъ тѣ-же самые территоріальные и личные моменты, какъ и при разрѣшеніи ранѣе упомянутыхъ международныхъ коллизій.

§ 341.

Другая точка зрѣнія существуетъ при коллизіяхъ «общаго» права государства съ правомъ «партикулярнымъ» (§ 83), дѣйствующимъ въ какой-либо части его. Между ними всегда существуетъ отношеніе предпочтенія, въ силу котораго преимущество дается или общему, или партикулярному праву.

Сравни здѣсь относительно условій примѣненія этого начала въ Германіи § 466.

II. Примѣненіе права судами.

1. *Судейское рѣшеніе.*

§ 342.

Примѣненіе права совершается въ многочисленныхъ случаяхъ при посредствѣ имъ самимъ урегулированнаго порядка, именуемаго «процессуальнымъ».

Подлежащая въ данномъ случаѣ разрѣшенію задача заключается вообще въ томъ, чтобы:

въ, случаѣ наличности признаннаго интереса, опредѣлять рѣшающимъ образомъ, что въ немъ согласно съ правомъ и,

постольку-то требуется, при помощи общественной силы согласнаго съ правомъ принужденія, содѣйствовать осуществленію такого интереса.

Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm 77. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung 83. Литература къ ученію объ источникахъ права см. § 102 и сл. Общія сочиненія по процессуальному праву §§ 786 и 810. Ihering, Zweck im Rechte I, 377 и сл.

§ 343.

Настоящее опредѣленіе содержитъ въ себѣ указаніе на специфическія функціи судьи.

Процессъ, лежащій въ основаніи приведеннаго опредѣленія, получитъ ближайшую характеристику въ отдѣлѣ, касающемся процессуальнаго права (§ 783 и сл.); здѣсь-же должно характеризовать только общее значеніе этихъ функцій.

§ 344

Законодатель постановляетъ, что со всякимъ фактическимъ составомъ должны быть связаны юридическія послѣдствія опредѣленнаго вида и объема. Напр.: «оскорбленіе наказывается денежнымъ штрафомъ до 600 марокъ .....»

Судъ со своей стороны выясняетъ, осуществился-ли въ данномъ случаѣ фактическій составъ соотвѣтствующаго вида:—А. оскорбилъ-ли В.—и при утвердительномъ рѣшеніи вопроса опредѣляетъ, какія юридическія послѣдствія по закону сопряжены съ даннымъ фактическимъ составомъ—А. долженъ уплатить 100 марокъ штрафа.

§ 345.

Въ такомъ судебномъ опредѣленіи можно специально различить слѣдующіе элементы:

1. Установленіе принимаемыхъ въ соображеніе *фактическихъ* событій—А. сказалъ В., что онъ пьяница. (Рѣшеніе вопроса о фактѣ, quaestio facti);

2. Примѣненіе подходящаго юридическаго *понятія* къ установленному фактическому составу—выраженіе А. содержитъ въ себѣ признаки юридическаго понятія оскорбленія.

(Рѣшеніе вопроса права, quaestio juris);

3. Опредѣленіе юридическихъ *послѣдствій*.

§ 346.

Устраняя въ указанныхъ отношеніяхъ неизвѣстность и споръ и ставя на мѣсто абстрактной нормы закона конкретное судейское рѣшеніе, судъ способствуетъ праву въ отдѣльномъ случаѣ достичь существенной для него опредѣленности и пополняетъ такимъ образомъ трудъ законодателя въ отношеніи развитія присущихъ праву свойствъ.

§ 347.

Судебная дѣятельность имѣетъ столь-же авторитетное значеніе, какъ и законодательная. Что судейское рѣшеніе признаетъ за право, то для сторонъ въ отдѣльномъ случаѣ имѣетъ ту-же положительную силу, какая вообще въ соотвѣтствующей области свойственна изрѣченіямъ законодателя. Въ судебномъ рѣшеніи выражается регулирующая сила права, хотя и въ ограниченномъ направленіи, но тѣмъ не менѣе во всей совокупности своихъ характерныхъ признаковъ.

Сравни §§ 120, 807. Судейское рѣшеніе завершаетъ правовой порядокъ въ примѣненіи къ опредѣленному случаю, тѣмъ самымъ продолжая работу

законодателя въ его же духѣ. Въ этомъ смыслѣ судебное рѣшеніе справедливо называли „lex specialis". Въ виду внутренняго родства судебнаго рѣшенія съ закономъ можно указать ихъ аналогичные общіе признаки (содержаніе и приказъ, велѣніе и обезпеченіе, этическая и матеріальная сила, нахожденіе и обнародованіе); точно также, что касается образованія судебнаго рѣшенія, то и тутъ въ отношеніи формъ раздѣленія труда возникли формы, родственныя законодательству (см. § 58).

2. Толкованіе.

§ 348.

Разрѣшеніе юридическихъ вопросовъ судами совершается на основаніи толкованія или разъясненія права, т. е. изслѣдованія и развитія его содержанія.

Задача, подлежащая въ этомъ случаѣ разрѣшенію, можетъ представиться въ трояномъ видѣ.

Merkel въ Holtzendorffs Handb. d. d. Strafr. II, 65 сл., IV, 73 сл., Ihering, Geist II, 2. Savigny, System 1. Schaffrat7, Theorie der Auslegung Konstitutioneller Gesetze 42. Sontag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers 74. Bierling, Zeitschrift für Kirchenrecht X, 141. Pfaff und Hofmann, Kommentar zum öster. allgem. bürgerl. Gesetzb. I, 166. Kohler въ Grünhuts Zeitschr. XIII, 86. G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen 91.

§ 349.

1. Упомянутая задача для данныхъ *отношеній* можетъ заключаться въ томъ, чтобы найти положенія права, соотвѣтствующія даннымъ отношеніямъ. Спеціальное значеніе при этомъ получаетъ тотъ случай, когда законы по своему содержанію ничего не говорятъ о названныхъ отношеніяхъ, а обычное право точно также ихъ не регулируетъ.

При такихъ обстоятельствахъ судья видитъ себя принужденнымъ пользоваться аналогіей, о которой говорилось въ отдѣлѣ о возникновеніи положеній права (§§ 105—111).

§ 350.

Задача толкованія въ отношеніи опредѣленыхъ *принциповъ* можетъ заключаться въ томъ, чтобы изслѣдовать, имѣютъ-ли таковые принципы значеніе дѣйствующихъ положеній права вообще и для извѣстнаго вида отношеній, опредѣленныхъ по времени, по мѣсту и лично, въ частности, или нѣтъ.

Для разрѣшенія этой задачи руководящимъ началомъ является то, что было сказано о формахъ возникновенія и появленія права (§ 102 и сл., въ особенности § 104) и объ области примѣненія положеній права (§§ 313 до 341).

§ 351.

Далѣе разрѣшенію можетъ подлежать слѣдующій вопросъ: если тѣ или другіе принципы уже признаны въ качествѣ дѣйствующихъ положеній

права въ отношеніи опредѣленной по времени, по мѣсту и личнымъ условіямъ области, то въ какомъ объемѣ они могутъ охватывать, какъ фактическій составъ даннаго дѣянія, такъ и юридическія его послѣдствія? Въ этомъ заключается задача толкованія въ тѣсномъ смыслѣ слова.

§ 352.

Толкованіе въ тѣсномъ смыслѣ называется «грамматическимъ» толкованіемъ, поскольку оно пытается разрѣшить указанную задачу по отношенію къ закону изслѣдованіемъ смысла выражающихъ его словъ при помощи (общаго и, можетъ быть, существующаго особаго, техническаго) ихъ общепринятаго значенія; толкованіе является «логическимъ», поскольку оно принимаетъ въ соображеніе, какъ отношеніе закона къ другимъ законамъ, такъ и условія и основанія его возникновенія.

§ 353.

Грамматическое и логическое толкованіе должны всегда быть примѣняемы вмѣстѣ, такъ какъ изъясненіе закона, ограничивающееся изслѣдованіемъ одного только смысла словъ, не можетъ быть принято, какъ толкованіе, не согласующееся съ внутренней логическою связью закона и вытекающимъ отсюда выраженіемъ воли законодателя.

Вопросъ, на который долженъ отвѣтить толкователь, можно изложить такимъ образомъ: какъ понять слова закона въ ихъ взаимной связи, и въ связи съ обстоятельствами, имѣвшими мѣсто при возникновеніи закона?

Вопросъ этотъ эдиный; его нельзя раздѣлить на требующіе самостоятельнаго отвѣта вопросъ грамматическій и такой же логическій.

§ 354.

Текстъ закона всюду является лишь несовершеннымъ и неполнымъ воплощеніемъ мысли законодателя. Толкователю надлежитъ сознать и выразить эту мысль въ ея цѣлостности и возможной опредѣленности.

Иногда юридическій фактъ, влекущій за собой примѣненіе нормы, обозначается только опредѣленнымъ названіемъ, безъ ближайшаго опредѣленія даннаго понятія. Напр., германское уголовное уложеніе грозитъ наказаніемъ за оскорбленіе, не говоря о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ словомъ. Обыкновенно фактическій составъ опредѣляется болѣе или менѣе точно. Но какъ бы ни были тщательно редактированы законодательныя опредѣленія и какъбы они ни стремились къ полнотѣ и точности, въ нихъ всетаки всегда будутъ заключаться выраженія, имѣющія нѣсколько значеній и потому въ свою очередь опять нуждающіяся въ ихъ основаніи, которое дается толкователемъ. Примѣръ: уголовный кодексъ угрожаетъ наказаніемъ за поношеніе Бога и опредѣляетъ это правонарушеніе какъ дѣяніе того, кто тѣмъ самымъ возбуждаетъ неудовольствіе, публично въ бранныхъ выраженіяхъ понося Божество. Что значитъ въ данномъ случаѣ „возбуждать неудовольствіе“? Что значитъ „публично“? Что значитъ „бранный“? И прежде всего, что значитъ самое слово „Богъ“? Идетъ ли дѣло о понятіи Бога христіанской религіи? Или о понятіи Бога съ точки зрѣнія философской (если здѣсь можетъ быть рѣчь о таковомъ понятіи)? Или рѣчь идетъ обо всемъ томъ, что человѣкомъ гдѣ-либо подводится подъ понятіе божества? Или можетъ быть въ приведенномъ законоположеніи воспрещается только злоупотребленіе именемъ Божіимъ? Отвѣтъ на

послѣдніе вопросы слѣдуетъ вывести изъ связи параграфа, въ которомъ находится разсматриваемое опредѣленіе, съ другими моментами, могущими намъ разъяснить, какіе интересы законодатель желалъ охранить своимъ запрещеніемъ.

§ 355.

Между тѣмъ задача толкователя не ограничивается только тѣмъ, чтобы возстановить мысли, руководившія законодателемъ при изданіи закона. Скорѣе ему надлежитъ выяснить послѣдствія примѣненія закона и возможныя модификаціи его содержанія въ зависимости отъ другихъ законоположеній и т. д., безразлично сознавались-ли эти послѣдствія законодателемъ, или нѣтъ.

Такъ, относительно имперскаго закона о растовщичествѣ 1880 года поднялся вопросъ, имѣетъ ли онъ въ частноправовомъ отношеніи обратную силу и, если имѣетъ, то въ какихъ предѣлахъ? Изслѣдованіе того, что думалъ законодатель при изданіи закона по этому вопросу, не привело къ цѣли, такъ какъ объ этомъ нельзя было сказать ничего рѣшительнаго. То-же самое можетъ встрѣтиться въ большинствѣ вопросовъ, ищущихъ себѣ отвѣта вь толкованіи.

Если относительно подобныхъ вопросовъ иногда можно установить, что въ данномъ случаѣ думалъ докладчикъ, ораторъ, членъ правительства, или коммисія, то все же это не будутъ мысли законодателя. (Это положеніе требуетъ особаго вниманія именно теперь по отношенію къ обширнымъ матеріаламъ къ Гражданскому уложенію Германской Имперіи). Мыслью же законодателя считается все, что, согласно логикѣ, заключается въ содержаніи опредѣленій закона (принимая во вниманіе ихъ отношеніе другъ къ другу) и (въ смыслѣ §§ 105—11) имъ предполагается, хотя бы въ дѣйствительности предполагаемое содержаніе до того никѣмъ не мыслилось.

§ 356.

При толкованіи въ широкомъ смыслѣ слова (§ 348) суды должны прибѣгать къ помощи науки.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Наука права.

§ 357.

Задача науки права дѣлится на три части.

Къ ней относится:

1. Толкованіе права въ широкомъ (смыслѣ слова), причемъ толкованіе непосредственно служитъ примѣненію права;

2. Облеченіе содержанія права въ соотвѣтствующую ему духовную форму: въ форму системы;

3. Нѣкоторое посредничество въ вопросѣ о нахожденіи бытія права, выясненіи его дѣятельности и различій въ образованіи его во времени и пространствѣ.

Къ 1 сравни § 348 и сл.

§ 358.

Ко 2. Систематическая обработка права направлена на то, чтобы представить его содержаніе всесторонне и въ то-же время возможно проще, въ видѣ единаго цѣлаго связанныхъ логически понятій и правилъ, расположенныхъ по близости ихъ родства и сообразно ихъ общему или специальному содержанію.

Наряду съ сочиненіями, указанными въ §§ 348 и 102, сравни: v. Ihering. въ его Jahrbüchern I, 1. G. Rümelin, Juristische Begriffsbildung 78. R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abt. 80, 2. Abt. herausg. aus d. Nachlass 84, 3. Abt. von Landsberg 98.

§ 359.

Самый трудъ обработки права въ важнѣйшихъ своихъ частяхъ имѣетъ характеръ анализа того, что признается дѣйствующимъ:

a) въ отношеніи фактическаго состава;

d) » » юридическихъ послѣдствій,

c) » » взаимной связи обоихъ указанныхъ началъ въ ихъ простѣйшихъ элементахъ.

Сравни отдѣлы о составѣ фактическихъ предположеній и ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ во второй главѣ.

§ 360.

Къ 3. За логическимъ цѣлымъ юридическихъ понятій и правилъ стоятъ реальныя силы, отъ которыхъ зависитъ, въ концѣ концовъ, содержаніе, значеніе и цѣнность данныхъ понятій и правилъ. Наукѣ надлежитъ изслѣдовать природу названныхъ силъ, степень участія каждой въ жизни права и условія, при которыхъ получаютъ силу то эти, то тѣ понятія и правила; другими словами, наукѣ надлежитъ открыть и научно установить психологическую и историческую связь совокупныхъ явленій права въ ихъ причинахъ, слѣдствіяхъ и особыхъ образованіяхъ.

Задачи толкованія и науки права находятся во взаимной зависимости. Систематизація содержанія права предполагаетъ выясненіе таковаго содержанія и въ то-же время зависитъ отъ разумѣнія этого содержанія въ соотвѣтствующемъ смыслѣ слова (толкованія).

Съ другой стороны такое разумѣніе (толкованіе) предполагаетъ ясное пониманіе всего права въ его цѣломъ, чего нельзя достигнуть безъ его систематической обработки. Толкованіе почерпаетъ важную часть своихъ вспомогательныхъ средствъ изъ трудовъ, направленныхъ на задачи систематизаціи.

Merkel, Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven" Recshtwissenschaft (къ § 20); егоже, Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft (къ § 122); егоже, Rektoratsrede (къ § 144). Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 14. Ihering, Geist. Arnold, Kultur und Rechtsleben. W. Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften 1, 83.

§ 361.

Для разрѣшенія настоящей задачи важны прежде всего труды по исторіи права и сравнительному правовѣдѣнію. Въ то же время право-

вѣдѣніе встрѣчаетъ помощь въ другихъ наукахъ—народномъ хозяйствѣ, этикѣ, общемъ народовѣдѣніи, въ общей исторіи и т. д.

Указанное тройственное дѣленіе научныхъ задачъ непосредственно не касается различія, существующаго между общей теоріей права и юридическими спеціальными науками. Первая обнимаетъ самые общіе результаты научныхъ работъ, относящихся какъ ко второй, такъ и къ третьей задачѣ. Въ то-же время въ области этихъ задачъ самымъ нагляднымъ образомъ обнаруживается внутренняя связь, существующая между названными работами (§ 360).

§ 362.

Научная разработка права въ то же время имѣетъ значеніе для его дальнѣйшаго развитія.

Цѣлесообразное разрѣшеніе вопроса о томъ, какъ преобразовать право такимъ образомъ чтобы оно, несмотря на измѣненія общественныхъ условій, постоянно соотвѣтствовало-бы своей неизмѣнной задачѣ, зависитъ отъ уразумѣнія причинъ и слѣдствій существующаго и создаваемаго права съ одной стороны и уразумѣнія общественныхъ условій и совершающихся въ нихъ измѣненій съ другой. Первое намъ даетъ наука права, второе-же совокупность наукъ, имѣющихъ предметомъ общественную жизнь.

§ 363.

Характеризованной здѣсь наукѣ права, занимающейся дѣйствительнымъ правомъ въ его настоящемъ и прошедшемъ, исторически соотвѣтствуетъ другая наука, имѣющая предметомъ не это дѣйствительное, но идеальное право, и потому претендующая на названіе философіи права.

Это идеальное право (такъ называемое «естественное право») представляетъ собою совокупность нормъ, за которыми на основаніи ихъ совпаденія съ извѣстными логическими или этическими требованіями признается общая сила, независимая отъ положительнаго права (которая однако по воззрѣнію новѣйшихъ представителей этой науки нисколько не касается судовъ).

Разсмотрѣніе вопроса подобаетъ-ли вообще этой дисциплинѣ названіе науки и поскольку таковое ей подобаетъ, завело бы насъ слишкомъ далеко.

Большинство трудовъ по философіи права, если мы вникнемъ въ ихъ дѣйствительное содержаніе, даетъ намъ только свѣдѣнія о томъ, какъ должны быть урегулированы отношенія, чтобы соотвѣтствовать господствующимъ этическимъ чувствамъ и воззрѣніямъ даннаго времени или даннаго народа или круга общества или даже самихъ авторовъ: иначе говоря, эти труды содержатъ въ себѣ окрашенное субъективизмомъ ученіе о справедливомъ.

При этомъ обыкновенно не принимаютъ во вниманіе:

1) субъективная природа примѣняемаго мѣрила оцѣнки содержанія реальнаго права и зависимость значенія этого мѣрила отъ опредѣленныхъ исторически отношеній;

2) отношеніе участвующихъ въ жизни права этическихъ факторовъ къ прочимъ опредѣляющимъ его факторамъ и, что съ этимъ находится въ связи, отношеніе ученія о справедливомъ къ ученію о правѣ;

3) природа права, какъ компромисса.

Для исторіи указанной философіи права, получившей такое большое значеніе для развитія государственной и правовой жизни, сравни: Stahl, Die Phi-

losophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, 5. A. 78. Fichte, System der Ethik I, 50. Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie, in Holtzendorffs Encyclopädie (in der 5. A. ergänzt durch Merkel). Vorländer, Geschichte der philosophischen Moral-, Rechts- und Staatslehre der Engländer und Franzosen 55. Hildenbrand, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie I, Das Klassische Altertum 60. Bluntschli, Geschichte des allgem. Staatsrechts und der Politik, 3. A. 81. Baumann, Staatslehre des hl. Thomas v. Aquino 73. Gierke, Johannes Althusius u. die Entwicklung der naturrechtl. Staatstheorien 80; онъ-же, Das deutsche Genossenschaftsrecht III, 81. R. Löning, Geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des d. Srafrechts 83. Snell, Vorlesungen über Naturrecht 86 (къ сему Merkel, Sammlung S. 535). Bergbohm, Das Naturrecht der gegenwart 92 (къ сему Merkel im Archiv f. öffentl. R. VIII, Sammlung S. 727). Merkel, Die Zukunft der Rechtsphilosophie in Holtzendorffs Encyclop., 5. A. S. 90 ff. Rehm, Gesch. der Staatsrechtswissenschaft 96. Liepmann, Die Rechtsphilosophie Rousseaus 98.—Stintzing-Landsberg, Gesch. der d. Rechtswissenschaft 1. c. Смотри также Taine, Gesch. d. französ. Revolution I. v. Eötvös, Einfluss der herrschenden Ideen des 19 Jahrb. auf den Staat 54 ff. *).

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Юридическія спеціальныя науки.

Предварительное замѣчаніе.

§ 364.

Въ особенной части мы обращаемся ближайшимъ образомъ къ праву государственнаго союза. Къ нему примкнетъ разсмотрѣніе церковнаго права, а равно и права международнаго, связывающаго цивилизованные народы.

Система права государственнаго союза выяснится изъ разсмотрѣнія самого государства и его дѣятельности. Въ этомъ отдѣлѣ должно найти себѣ пополненіе изложенное въ общей части (§ 60 и сл.).

А. Право государственнаго союза.

Введеніе. Само государство.

§ 365.

Государство есть носитель порядка, въ которомъ осуществляется общность жизни народа.

По поводу общаго ученія о государствѣ сравни сочиненія какъ приведенныя въ §§ 21, 122, 363, такъ и ниже въ §§ 385, 410. Кромѣ того, Merkel, Elemente §§ 15—19 (Ueber Natur und Entstehung des Staates); онъ-же Fragmente zur

---

*) Изъ послѣднихъ русскихъ опытовъ по философіи права—Л. I. Петражицкій. Очеркъ философіи права; Б. Н. Чичеринъ, Философія права. *Ред.*

Sozialwissenschaft (aus d. Nachlasz. herausg.) 98. v. Mohl, Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften 55 ff. Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2. A. 72. Staatsrecht, Völkerrecht und Politik 60 ff. Bluntschli, Lehre vom modernen Staat, I. Allgem. Staatslehre, II. Allgem. Staatsrecht, III. Politik als Wissenschaft, 6. A. 85 ff. Held, Staat und Gesellschaft 61 ff. Dahlmann, Die Politik auf Grund und Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt, 2. A. 47. Waitz, Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen 62. v. Holtzendorff, Die Prinzepien der Politik 69. L. v. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich 50. Die Verwaltungslehre 69 ff. C. Frantz, Die Naturlehre des Staats als Grundlage der Staatswissenschaft 70. Gumplowicz, Rechtsstaat und Sozialismus 81. Grundrisz der Soziologie 85. Soziologie und Politik 93 (критика всѣхъ трехъ работъ Merkel, Sammlung). W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen 51. J. St. Mill, Ueber die Freiheit, нѣмецк. перев. Pickford, 60. Ueber die Repräsentativverfassung, нѣмец. Wille, 62. E. Laboulaye, L'état et ses limites. 5. Изд. Paris 71. Рус. перев. 1868 г. F. Lieber, Ueber buergerliche Freiheit und Selbstverwaltung, нѣм. п. Mittermaier 60. Political ethics, 2. Изд., Philadelphia 76. Dupont White, L'individu et l'état, 2. Изд. Paris 58. Tocqueville, L'ancien régime et la revolution, 6. Изд. Paris 66. Рус. пер. 1861 г. Perthes, Das deutsche Staatsleben vor der Revolution 45. Deutsches Staatsworterbuch, herausg. v. Bluntschli u. Brater, 11 Bde. 57—70. Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien, begründet v. Marquardsen 87 ff. (2. A. herausg. v. Seydel-Piloty 96 ff) въ немъ: Allgemeines Staatsrecht von Gareis 87. Rehm, Geschichte der Staatsrechtswrissenschaft 96. Roscher, Politik, 2. A. 93. v. Treitschke. Politik, Vorlesungen (herausg. v. Cornicelius) 97 f. Zeitschr. f. die gesamte Staatswissenschaft, seit 44. Archiv f. öffentl. Recht, seit 86.

§ 366.

Государство можетъ быть таковымъ постольку, поскольку у даннаго народа оно обладаетъ высшею властью.

Это обладаніе называютъ «суверенитетомъ» (державностью), государство-же само, какъ обладателя его, «суверенным», державнымъ союзомъ.

Говорятъ также о „полусуверенныхъ" государствахъ, при чемъ слово государство примѣняютъ къ такимъ общественнымъ союзамъ, которые не сами по себѣ, но только въ связи и зависимости отъ другихъ державъ осуществляютъ совокупность государственныхъ задачъ и такимъ образомъ подходятъ подъ цѣльное понятіе государства.

§ 367.

Суверенитетъ можно разложить на два признака; именно, онъ охватываетъ:

1. Независимость отъ другихъ силъ, существующихъ внѣ или въ предѣлахъ общности и ея области,

2. Господствующую власть надъ членами общности и надъ всѣмъ, что въ предѣлахъ ея области находится.

§ 368.

Государство есть юридическое лицо (§ 189). Какъ таковое, оно есть носитель субъективныхъ правъ и обязанностей. По отношенію къ своимъ подданнымъ и ихъ особымъ союзамъ оно само опредѣляетъ и ограничиваетъ эти права и обязанности.

§ 369.

Подобно всякому юридическому лицу, государство нуждается въ организаціи, при посредствѣ которой осуществлялись-бы господствующая въ немъ воля и ввѣренные ему интересы, а также могли быть осуществлены его права.

§ 370.

Эта организація выражается въ лицахъ и соединеніяхъ лицъ, въ твердыхъ отношеніяхъ властвованія и подчиненія и кординаціи лицъ, призванныхъ дѣйствовать за государство.

Сила, проявляющаяся въ этой дѣятельности, называется государственною властью.

§ 371.

Для таковой дѣятельности по отношенію къ дѣятельности другихъ юридическихъ лицъ и другихъ общностей характеристичны:

1. Ея общій характеръ,
2. Ея измѣнчивый характеръ.

§ 372.

Ея общій характеръ заключается въ томъ, что всѣ человѣческіе интересы поступаютъ въ кругъ этой дѣятельности лишь постольку, поскольку и насколько ихъ удовлетвореніе признается зависимымъ именно отъ нея и насколько эти интересы могутъ получить общее значеніе.

§ 373.

Ея измѣнчивый характеръ сказывается въ томъ, что данныя предположенія въ отношеніи опредѣленныхъ интересовъ то могутъ быть на лицо, то отсутствовать, и притомъ могутъ являться то въ большемъ, то въ меньшемъ объемѣ.

Такъ, отношеніе государственной дѣятельности къ религіи и церкви, къ искуству и наукѣ, преподаванію и промышленности неоднократно мѣнялось и опредѣляется въ разныхъ странахъ различно.

§ 374.

Тѣмъ не менѣе, однако, и въ этой дѣятельности можно замѣтить извѣстные устойчивые элементы и различить нѣкоторыя главныя направленія.

§ 375.

Относительно этихъ направленій важнѣйшая противоположность существуетъ между заботою о правѣ и заботою о благосостояніи, такъ какъ государству съ одной стороны надлежитъ заботиться о поддержаніи право-

ваго порядка, а съ другой стороны развивать на пользу общихъ интересовъ дѣятельность, идущую далѣе названной заботы.

§ 376.

Забота о правѣ, въ общепринятомъ широкомъ смыслѣ слова, т. е. забота о существованіи правоваго порядка обнимаетъ собою установленіе и содержаніе необходимыхъ государственныхъ органовъ (судебной магистратуры), созданіе правовыхъ положеній въ руководство дѣятельности названныхъ органсвъ (судебнаго законодательства) и поддержаніе самой этой дѣятельности (юстиціи въ тѣсномъ смыслѣ).

§ 377.

Заботу о благосостояніи можно раздѣлить:

a) на заботу, простирающуюся за предѣлы отечественнаго государства т. е. представительство общихъ интересовъ передъ чужими державами и въ областяхъ чужого господства,

b) на заботу о благосостояніи, осуществляемую во внутренней государственной жизни.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ подразумѣвается забота объ установленіи необходимыхъ органовъ, законовъ и поддержаніе дѣятельности первыхъ.

§ 378.

Наряду съ дѣятельностью, непосредственно охватываемой понятіемъ заботы о правѣ и благосостояніи, можно поставить еще заботу о добываніи и формированіи средствъ, необходимыхъ государству для разрѣшенія задачъ, предлагаемыхъ ему вышеуказанными отраслями его работы.

Сюда относится:

a) забота о вооруженной силѣ государства,

b) забота о доставленіи, управленіи и расходованія потребныхъ денежныхъ средствъ.

§ 379.

Соотвѣтственно различнымъ направленіямъ государственной дѣятельности различаютъ отдѣльныя функціи выражающейся въ ней власти— власть судебную, полицейскую, военную, финансовую;—равно какъ усматриваютъ и различныя стороны права государственнаго господства или верховенства — верховенство судебное, полицейское.

§ 380.

Стволъ права, имѣющаго предметомъ выражающееся въ указанныхъ направленіяхъ господство государства надъ землею и людьми, составляетъ государственное право въ тѣсномъ смыслѣ.

§ 381.

Государственное право (также называемое *конституціоннымъ правомъ*) указываетъ высшихъ носителей и границы государственнаго господства, равно какъ и общія формы, направленія и границы осуществленія этого господства.

Главнѣйшіе моменты содержанія государственнаго права обыкновенно излагаются въ особыхъ документахъ—конституціонныхъ хартіяхъ, и его измѣненіе обставлено особыми нормами, также относящимися къ конституціонному праву.

§ 382.

Къ государственному примыкаетъ *административное право*: последнее обнимаетъ детали правовыхъ положеній, регулирующихъ государственную дѣятельность и опредѣляющихъ образованіе ея органовъ, исключая однако изъ того содержаніе судебнаго законодательства.

Относительно административнаго права сравни:

E. Meier, Das Verwaltungsrecht, въ Holtzendorffs Encyclopädie. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. A. 93 f. Löning, Lehrb. 84. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 95 f. v. Stengel, Wörterbuch des d. Verwaltungsrechts 90 f.

§ 383.

Къ содержанію судебнаго законодательства относится:

1. *Право гражданскаго* и *уголовнаго процесса*, касающееся органовъ, необходимыхъ для отправленія правосудія и формъ дѣятельности этихъ органовъ.

2. *Матеріальное гражданское (частное)* и *уголовное право*, обусловливающее содержаніе таковой дѣятельности.

§ 384.

Согласно сказанному далѣе будетъ рѣчь:

1) о государственномъ правѣ; административное право вслѣдствіе своего спеціальнаго содержанія оставляется въ сторонѣ;

2) о частномъ правѣ;

3) объ уголовномъ правѣ,

4) о правѣ въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ.

Процессуальное право здѣсь поставлено послѣ матеріальнаго права, потому что первое болѣе зависитъ отъ второго, нежели наоборотъ.

Всѣ эти части права разсматриваются въ соотношеніи въ дѣйствующимъ въ Германіи правомъ.

ПЕРВАЯ ГЛАВА.

Государственное право.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Общія замѣчанія.

I. Организація государствъ.

§ 385.

При научной разработкѣ государственнаго права, какъ и при разработкѣ всякой другой части права, можно отличить ученія болѣе общаго содержанія, переходящія за предѣлы права отдѣльнаго народа и даннаго времени, отъ ученій болѣе спеціальныхъ и такихъ, которыя обращены исключительно къ конкретной системѣ даннаго права и только по отношенію къ ней имѣютъ силу. Совокупность первыхъ часто неудачно называли «общимъ государственнымъ правомъ».

Въ послѣдующемъ придется коснуться нѣкоторыхъ главныхъ моментовъ этой общей теоріи государственнаго права.

Общегосударственное право въ дѣйствительности существуетъ столь же условно, какъ и общее право; но наряду съ тѣмъ существуетъ общая теорія государственнаго права въ томъ же самомъ смыслѣ, въ какомъ существуетъ общая теорія права (Введеніе). Относительно основныхъ понятій, входящихъ въ область государственнаго права, сравни:
Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. A. 69. Held, Grundzüge des allgem. Staatsrechts 68. Seydel, Grundzüge einer allgem. Staatslehre 73. Bornhak, Allgem. Staatslehre 96. Rehm, Allgem. Staatslehre 99. Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung 83; онъ же, Grundzüge c. allgem. Staatslehre nach den polit. Reden u. Schriftstücken Bismarks 98. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 3. A. 98. Gierke, Das deutsche Genossenschafasrecht I. c.—Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. XXX, 153 ff. 265 ff.—Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. in Schmollers Iahrb. f. Gesetzgebung ect. VII. Juraschek, Personalund Realunion 78. Iellinek, Lehre von den Staatenverbindungen 82. System des subjektven öffentlichen Rechte 92.—Ueber Staatsfragmente 96.

§ 386.

Среди органовъ государства долженъ быть по крайней мѣрѣ одинъ, отъ котораго исходятъ послѣднія рѣшенія, не подлежащія дальнѣйшему обжалованію, и выраженія воли котораго въ извѣстныхъ предѣлахъ непосредственно признается выраженіемъ воли самого государства.

§ 387.

Возможно себѣ представить, что въ государствѣ существуетъ только одинъ подобный непосредственный органъ государственной воли, рядомъ съ которымъ дѣйствуютъ органы осуществляющіе уже его волю а вмѣстѣ съ ней и права, создаваемые только этимъ органомъ по его порученію и сообразно его приказаніямъ.

Подобное положеніе занимаетъ въ особенности монархъ въ неограниченной или абсолютной монархіи. Его власть здѣсь тождественна съ государственною властью.

§ 388.

Въ подобномъ случаѣ единство государственной воли, власти и права находитъ въ единствѣ непосредственнаго органа простое и наиболѣе понятное выраженіе.

§ 389.

Внѣ такихъ временъ и условій, примѣняется болѣе расчлененная организація.

Для различныхъ направленій государственной дѣятельности въ такомъ случаѣ создаются различные, независимые другъ отъ друга, органы, отъ которыхъ исходятъ послѣднія рѣшенія; для извѣстныхъ же актовъ общаго значенія возникаетъ совмѣстная дѣятельность нѣсколькихъ органовъ, находящихся въ одинаковомъ, непосредственномъ отношеніи къ конституціонному праву и къ выражающейся въ немъ общей волѣ.

Сравни Elemente § 17.

§ 390.

Такую государственную форму имѣетъ, напр., Германская Имперія и вообще, такъ называемыя, конституціонныя монархіи. Органы, здѣсь и тамъ непосредственнымъ образомъ выражающіе государственную волю, будутъ указаны впослѣдствіи.

§ 391.

Конституціонная организація обыкновенно въ свою очередь завершается въ *одномъ* лицѣ или въ соединеніи лицъ, обладающихъ наибольшею полнотою власти и въ высшей инстанціи обязанныхъ заботиться объ единствѣ и постоянствѣ веденія государственныхъ дѣлъ.

Подобное положеніе занимаетъ, напр., монархъ въ ограниченной монархіи (см. § 398 и сл.).

Вмѣстѣ съ тѣмъ вовсе нѣтъ „необходимости", чтобы между органами государства одинъ указаннымъ образомъ непремѣнно выдавался бы надъ всѣми другими. (Сравни § 500).

§ 392.

Лицо или соединеніе лицъ, представляющее собою или единственный (§ 387) или высшій (§ 391) непосредственный органъ государственной воли, называется «государемъ», его власть «суверенною властью» (слѣдуетъ отличать отъ суверенитета государства: § 366).

Названная власть обнимаетъ въ первомъ случаѣ всю государственную власть, во второмъ-же случаѣ только *высшую* надъ властями, въ объединяющей дѣятельности которой выражается воля государства.

Въ доктринѣ на этотъ счетъ распространено воззрѣніе, отклоняющееся отъ здѣсь изложеннаго и не согласимое съ фактами. Говорятъ, что вся государственная власть, сама по себѣ единая и недѣлимая, можетъ имѣть также одинъ только непосредственный органъ, какой органъ данъ въ государѣ. Что выше сказано о неограниченной монархіи, то вмѣстѣ съ тѣмъ выставляется, какъ имѣющее силу всегда и необходимо для всѣхъ государствъ.

Аргументація, на которую опирается эта теорія—единство государственной власти, слѣдовательно единство его органа—между тѣмъ простой софизмъ. Можно было бы одинаково изъ единства животнаго организма вывести невозможность существованія у него нѣсколькихъ органовъ или изъ единства индивидуальной воли то, что она можетъ имѣть одинъ только органъ, находящійся съ нею въ непосредственномъ отношеніи.

Ранѣе, чѣмъ выводить послѣдствія изъ единства государства, его воли и его власти, нужно дать себѣ болѣе опредѣленный отчетъ о томъ, какого рода единство должно быть признано за ними на основаніи фактовъ.

Между писателями, занимавшихся этимъ вопросомъ, тѣ, на которыхъ это единство произвело наибольшее впечатлѣніе, пришли къ тому, что представляютъ себѣ государство, какъ большую личность, родственную отдѣльной личности, покоющейся въ самой себѣ. Предположимъ, что государство было бы такой личностью съ собственною душою, и обладало бы тою же самою гармоніею духовныхъ силъ, тѣмъ же единствомъ цѣлей и дѣйствій, которыя характеризуютъ совершеннѣйшую отдѣльную личность, тѣмъ не менѣе съ теоріею дѣло обстояло бы нисколько не лучше. Этимъ бы не исключалось то положеніе, что эта душа оказалась бы дѣйствующей при посредствѣ множества разнообразныхъ силъ, надѣленныхъ различной производительностью и сохраняемыхъ между собою въ состояніи равновѣсія. Сравни также § 411. Прим. § 501.

Къ опаснѣйшимъ послѣдствіямъ влечетъ эта теорія въ ея примѣненіи къ современнымъ конституціоннымъ государствамъ (§ 400). Картина ихъ подъ ея вліяніемъ рисуется совершенно невѣрно. Спеціально положеніе народнаго представительства не находитъ вѣрной оцѣнки. Такъ какъ вся нераздѣльная государственная власть должна принадлежать государю, въ монархіяхъ монархамъ, то для народнаго представительства получается альтернатива: или считаться зависимымъ органомъ королевской воли (не непосредственно государственной), или нужно смотрѣть на власть, выражающуюся въ ихъ дѣятельности, какъ на внѣгосударственную. Одно предположеніе столь же шатко, какъ и другое. Власть народнаго представительства будетъ характеризована ниже (§§ 399, 496 и сл., 518 и сл.).

Въ общепринятомъ ученіи о суверенитетѣ содержится указаніе на происхожденіе, которое оно получило во время абсолютнаго королевства. Оно соотвѣтствуетъ его условіямъ, а поэтому для объясненія формамъ ограниченной монархіи прибѣгаетъ къ фикціямъ.

Hancke, Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveraenitaet 94. Впрочемъ сравни Laband § 7 и тамъ приведенную обширную литературу.

§ 393.

Государства подвергаютъ классификаціи съ различныхъ точекъ зрѣнія, частью въ зависимости отъ различныхъ способовъ возникновенія непосредственныхъ органовъ государственной воли, и въ особенности органовъ высшихъ, частью—въ зависимости отъ различнаго юридическаго положенія этихъ органовъ. Важнѣйшія изъ подобныхъ подраздѣленій:

1. Раздѣленіе государствъ на монархіи, аристократіи и демократіи;
2. На союзныя и единыя государства.
3. На правовыя и авторитарныя государства.

§ 394.

1. Принимая во вниманіе различный способъ опредѣленія носителя высшей власти, раздѣляютъ государства на: a) монархіи, b) аристократіи и c) демократіи.

Часто принимая во вниманіе тоже самое основаніе для подраздѣленія, различаютъ монархіи и республики, раздѣляя послѣднія на аристократическія и демократическія республики.

§ 395.

a) Монархія, характеризуется тѣмъ, что одно лицо, монархъ, имѣетъ высшую власть, представляетъ собою высшій органъ воли государства.

§ 396.

Съ обладаніемъ высшею властью монархъ соединяетъ личное представительство цѣлаго народа и его единства.

Съ этимъ находятся въ связи особыя права монарха—почетныя права, права величества.

§ 397.

Насчитываютъ различные виды монархій въ зависимости: α) отъ объема монархической власти, β) отъ способа призванія монарха къ властвованію.

§ 398.

α) Первому основанію для подраздѣленія соотвѣтствуетъ различіе неограниченной или абсолютной монархіи отъ ограниченной.

Сравни для первой § 387, для второй § 391.

§ 399.

Къ органамъ, стоящимъ въ ограниченныхъ монархіяхъ наряду съ государемъ съ собственною, а не производною отъ него, властью принадлежатъ въ особенности извѣстныя политическія корпораціи: земскія сословія, палаты и т. п., которымъ принадлежитъ самостоятельное участіе

въ разрѣшеніи опредѣленныхъ задачъ въ дальнѣйшемъ развитіи объективнаго права и въ регулированіи государственнаго хозяйства.

§ 400.

Особое значеніе получаютъ эти политическія корпораціи въ, такъ называемой, конституціонной монархіи, важнѣйшемъ въ настоящее время подвидѣ ограниченной монархіи. Въ этомъ случаѣ онѣ образуютъ собою народное представительство особой природы, которому противопоставляются въ лицѣ министровъ отвѣтственные совѣтники монарха. (Спеціально объ этомъ въ § 518 и сл.).

Древнѣйшая форма подобной конституціонной монархіи имѣется въ англійскомъ государствѣ, основныя формы котораго въ качествѣ образца вліяли на континентальныя конституціи; образецъ этотъ нигдѣ всетаки точно не скопированъ.

Ricker, Rechtl. Natur der modernen Volksvertretung 93, Rosin, Ueber Minoritätenvertretung und Proportionalwahlen 92.

§ 401.

β) Второму основанію для подраздѣленія государствъ соотвѣтствуетъ различіе наслѣдственной и избирательной монархій.

При господствѣ первой вопросъ о правѣ претендента на престолъ рѣшаетъ родство его съ предшественникомъ по власти; конституціонное право для этой цѣли устанавливаетъ особый порядокъ призванія родственниковъ къ замѣщенію престола.

При избирательной монархіи наслѣдникъ опредѣляется избраніемъ, причемъ кругъ управомоченныхъ къ выборамъ можетъ быть очерченъ различно.

§ 402.

b) Въ аристократіи высшая власть принадлежитъ соединенію лицъ, представляющихъ собою меньшинство полноправныхъ гражданъ, и обнимаетъ или главъ опредѣленныхъ знатныхъ родовъ или (мужскихъ) представителей опредѣленнаго сословія.

§ 403.

c) Въ демократіи или республикѣ высшая власть принадлежитъ совокупности полноправныхъ гражданъ, соединенныхъ для общей дѣятельности согласно правиламъ конституціи.

§ 404.

2. Въ настоящее время особое значеніе получаетъ сложная организація «союзнаго государства».

Союзное государство есть расчлененный государственный организмъ, въ которомъ государственная воля и государственная власть, исходя изъ различныхъ точекъ, непосредственнымъ образомъ достигаютъ осуществленія при

посредствѣ дѣйствующихъ въ силу собственнаго права органовъ, именно, съ одной стороны при помощи центральныхъ органовъ цѣлаго, съ другой стороны при посредствѣ центральныхъ органовъ, входящихъ въ составъ союза государствъ.

Сравни литературу къ § 385. Затѣмъ въ послѣднее время v. Stengel, Staatenbund und Bundesstaat, in Schmolbers jahrb. f. Gesetzgebung XXII S. 707, 98. Остальное у Laband I. c. § 7 и сл. приведенная литература.

§ 405.

Условіе этой организаціи образуетъ публичное право, которое проводитъ опредѣленныя границы для дѣятельности общихъ органовъ и для дѣятельности органовъ членовъ союза въ ихъ отношеніи другъ къ другу.

Примѣры такой организаціи представляютъ Германская Имперія, Швейцарія и Сѣверо-Американскій союзъ.

§ 406.

Союзное государство указанными признаками противополагается:

a) Международнымъ соединеніямъ самостоятельныхъ государствъ, особенно «оборонительнымъ» и «наступательнымъ» союзамъ, точно также и «конфедераціямъ» или «союзамъ государствъ», къ которымъ относился и прежній Германскій союзъ, основанный въ 1815 году.

Конфедераціи также могутъ представлять собою юридическое лицо и имѣть собственные органы.

Но послѣдніе осуществляютъ только производныя права и не проявляютъ непосредственнаго господства надъ землею и людьми.

§ 407.

Союзное государство съ другой стороны составляетъ противоположность

b) «единому государству».

Послѣднее можетъ быть раздѣлено на области, обладающія юридической личностью и собственными органами. Однако, эти области не осуществляютъ государственнаго господства въ силу собственнаго права, какъ члены союзнаго государства.

§ 408.

Понятіе государства получаетъ свое полное осуществленіе въ союзномъ государствѣ только въ одномъ случаѣ, именно при посредствѣ единаго функціонированія своего расчлененнаго цѣлаго; происходитъ это потому, что поставленныя государству задачи выполняются въ ихъ цѣломъ объемѣ только при посредствѣ пополняющей другъ друга дѣятельности общихъ союзныхъ и особыхъ мѣстныхъ государственныхъ органовъ, между тѣмъ какъ государственныя учрежденія всего союза и его членовъ, разсматриваемыя сами по себѣ, являются только составными частями союзнаго государства.

Поэтому юридически неточно вкоренившееся употребленіе слова государство съ одной стороны въ примѣненіи къ цѣлому союзу, съ другой стороны къ его частямъ (членамъ).

Поэтому также члены союзнаго государства, въ соотвѣтствіи съ общепринятымъ словоупотребленіемъ должны называться «государствами членами союза» и «государствами союза».

§ 409.

3. При разнообразнѣйшемъ опредѣленіи высшихъ органовъ воли государство можетъ имѣть характеръ, «правоваго государства» въ томъ особомъ смыслѣ, который въ новѣйшее время связывался съ этимъ названіемъ, или быть чисто «авторитарнымъ государствомъ».

Со словомъ „правовое государство" связывались различныя понятія. Для настоящаго времени оно можетъ притязать на то значеніе (между тѣмъ, не ограничивающееся настоящимъ временемъ), которое ему придается въ слѣдующемъ §.

§ 410.

«Правовое государство» характеризуется развившимся матеріально и формально публичнымъ правомъ. Это публичное право

a) общему порядку государственной жизни придаетъ высшую степень тѣмъ путемъ, что выраженія воли власть имущихъ лишь постольку получаютъ обязательную силу, поскольку они совершаются въ извѣстныхъ предѣлахъ и формахъ, опредѣленныхъ этимъ публичнымъ правомъ, при чемъ никто не пользуется властью, не будучи связанъ указанными предѣлами и формами,

b) обладаетъ органами, оказывающими защиту въ случаѣ нарушеній этихъ предѣловъ и по своему составу и положенію представляющими гарантію безпристрастнаго правосудія.

O. Bähr, Der Rechtsstaat 64. R. v. Gneist, Der Rechtsstaat u. die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. A. 79.—Verwaltung, Justiz und Rechtsweg 69.— Das Selfhovernment und die Verwaltungsgerichte in England, 3. A. 71. Въ Holzendorffs „Rechtslexikon", Art. Verwaltungs-justiz.

§ 411.

Въ чистомъ авторитарномъ государствѣ напротивъ воля отдѣльнаго лица или большинства, воля суверена, составляетъ руководящій принципъ въ регулированіи общественной жизни такимъ образомъ, что по отношенію къ ней не существуетъ никакого объективнаго и никакого субъективнаго права, за которымъ признавалось-бы значеніе предѣла.

Спеціальный характеръ этого государства зависитъ отъ особой природы источниковъ и опоры авторитета господствующей воли. Исторически наиболѣе выдающимся случаемъ является тотъ, гдѣ властитель притязаетъ на таковой авторитетъ, въ качествѣ непосредственнаго органа божественной воли.

Нѣкоторые считаютъ характеризованное въ § 410 „правовое государство"

химерою. Однако, очевиденъ фактъ, что въ развитыхъ государствахъ настоящаго и прошлаго времени право въ большей или меньшей мѣрѣ является и являлось какъ регулирующей, разграничивающей и охраняющей силой, какъ во взаимныхъ отношеніяхъ органовъ самаго государства и между ними и отдѣльными лицами; этотъ фактъ оспаривается исключительно ради извѣстныхъ понятій доктрины, съ которыми оно не согласуется.

При этомъ опираются на выше (§ 392) характеризованное ученіе о суверенной власти.

Если бы, конечно, суверенная власть. напр., власть короля въ ограниченной монархіи, повсюду была бы тождественна съ совокупною недѣлимою и неограниченною государственною властью, то разумѣется не имѣло бы никакого смысла говорить по отношенію къ ней объ ограничивающей государственной власти: между тѣмъ, объ этомъ-то и идетъ рѣчь въ публичномъ правѣ! Если королевская власть ограничивается государственною волею, выражающеюся въ публичномъ правѣ, то она не можетъ считаться тождественною съ властью упомянутой воли; если же она, напротивъ, тождественна съ этою властью, то сила и значеніе публичнаго права въ каждомъ моментѣ своего существованія зависитъ отъ нея, и она слѣдовательно не можетъ получить значенія предѣла по отношенію къ самой себѣ!

Впрочемъ, шаткость ученія, отрицающаго основы правового государства, уже излагалась. Въ правовомъ государствѣ воля и сила государства выражается непосредственно не только въ *одной* формѣ и въ *одной* точкѣ, но при посредствѣ множества органовъ и въ то же время при посредствѣ публичнаго права, полагающаго этимъ органамъ предѣлы ихъ дѣятельности. Единству государственной личности, поскольку эта личность не тождественна съ однимъ изъ ея органовъ, не противорѣчитъ самостоятельное значеніе и ограничивающая сила указаннаго фактора. Названныя начала противорѣчатъ единству совокупной личности государства столь же мало, какъ и умѣряющая, въ одномъ мѣстѣ стѣсняющая, въ другомъ—задерживающая дѣятельность индивидуальной совѣсти противорѣчитъ единству отдѣльной личности.

Этимъ путемъ разрѣшается часто обсуждаемый въ наукѣ вопросъ относительно того, какъ понять тѣ явленія, что воля государства бываетъ связанною правомъ, отъ него самаго исходящимъ. Дѣло, однако, заключается въ томъ, что связанными этимъ правомъ являются зависимые органы и члены цѣлаго, но не оно само. Признавая произвольно созданное имъ право и возникшія подъ его вліяніемъ юридическія отношенія, обезпечивая за этимъ правомъ значеніе его дѣятельности и такимъ образомъ оставаясь вѣрною себѣ и поставленнымъ задачамъ, государственная воля является связанною только въ томъ смыслѣ, какъ и отдѣльное лицо, которое, оставаясь вѣрнымъ себѣ и своимъ постояннымъ интересамъ, при этомъ оказывается несвободнымъ.

§ 412.

Противоположность разсматриваемымъ до сихъ поръ органамъ составляютъ *присутственныя мѣста* государства. Эти установленія вершатъ государственныя дѣла въ силу права, исходящаго отъ вышеупомянутыхъ высшихъ органовъ.

Въ большихъ государствахъ имѣются для отправленія различныхъ функцій государственной дѣятельности (§ 375) особыя системы такихъ присутственныхъ мѣстъ (§ 526).

§ 413.

Измѣненія государственной организаціи, даже такія, которыя выражаются въ перемѣнѣ обладателя высшей власти—напримѣръ, при вытѣс-

неніи республиканской государственной формы монархической или наоборотъ, не затрогиваютъ тождественности государства и дальнѣйшаго существованія его правъ и обязанностей по отношенію къ третьимъ лицамъ.

II. Формы и направленія государственной дѣятельности.

§ 414.

Государственная власть осуществляется по всѣмъ ранѣе названнымъ направленіямъ (§ 375 и сл.) въ различныхъ основныхъ *формахъ*.

Главныя формы суть:

1. Установленіе, измѣненіе и отмѣна правовыхъ положеній посредствомъ законовъ и распоряженій §§ 417 и сл., 421.

2. Примѣненіе данныхъ положеній права къ даннымъ отношеніямъ государственными судами въ формахъ «юстиціи» въ тѣсномъ смыслѣ слова (§§ 376, 419);

3. Разрѣшеніе конкретныхъ дѣлъ въ формахъ «управленія» или «администраціи» (§ 420).

§ 415.

Съ этимъ различіемъ находится въ связи, однако не совпадая съ нимъ, различіе

a) законодательства,
b) юстиціи,
c) управленія или администраціи, и
законодательной власти,
судебной власти,
власти управленія «исполнительной», «выполняющей» власти.

§ 416.

Особенность этого тройственнаго дѣленія (по отношенію къ упомянутому въ § 414) зиждется на особомъ отношеніи его къ общимъ учрежденіямъ современнаго правоваго государства и спеціально къ тому, въ которомъ народное представительство имѣетъ руководящее участіе въ разрѣшеніи важныхъ государственныхъ дѣлъ.

Значеніе приведеннаго дѣленія подлежитъ ближайшему изложенію.

Въ новѣйшее время разсматриваемое тройственное дѣленіе замѣняли часто другими подраздѣленіями: между прочимъ, дѣленію тройственно противополагали двойственное, противопоставляя законодательству, какъ одно цѣлое, юстицію и управленіе. Противъ таковаго дѣленія, собственно, нечего возражать. Смотря по тому, какому отличительному признаку придаютъ наиболѣе важное значеніе (а въ этомъ отношенія трудно вполнѣ устранить вліяніе субъективныхъ воззрѣній), приходятъ и къ различнымъ подраздѣленіямъ. Вопросъ заключается только въ томъ, получаютъ-ли особенности различныхъ государственныхъ функцій при избранномъ подраздѣленіи свое полное выраженіе, или нѣтъ? И вотъ, при проведеніи двойственнаго дѣленія свою особенность въ отношеніи возможности полной оцѣнки, главнымъ образомъ, теряетъ юстиція.

§ 417.

a) Необходимо притомъ замѣтить, что при тройственномъ дѣленіи слово «законодательство» берется въ особомъ смыслѣ, указывающемъ на взаимодѣйствіе правительства и народнаго представительства, и заключаетъ въ себѣ отчасти больше, отчасти меньше, чѣмъ созиданіе «законнаго права» и установленіе и отмѣна правовыхъ положеній (§ 102 и сл.).

Laband, § 54 ff. Hänel, Studien zum d. Staatsrecht II. 88. v. Martitz, Ueber den Konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht 80. Seligmann, Behriff des Gesetzes 86. Iellinek, Gesetz und Verordnung 87. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 2. A, 95.

§ 418.

Законодательство въ этомъ послѣднемъ (формальномъ) смыслѣ прежде всего обнимаетъ собою именно только образованіе такихъ положеній права, для которыхъ по конституціи требуется согласіе народнаго представительства, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно обнимаетъ въ то-же время и регулированіе извѣстныхъ конкретныхъ дѣлъ (напр. согласіе на приданое принцессы), именно тѣхъ, для которыхъ конституція также требуетъ соучастія народнаго представительства.

§ 419.

b) «Юстиція» въ смыслѣ вышеупомянутаго тройственнаго дѣленія обнимаетъ функціи права in hypothesi, т. е. примѣненіе данныхъ положеній права къ даннымъ отношеніямъ въ формѣ судебныхъ рѣшеній и исполненія таковыхъ.

§ 420.

c) Правительство (также «управленіе»), съ точки зрѣнія тройственнаго дѣленія, обнимаетъ всю государственную дѣятельность, не охватываемую ближе опредѣленными понятіями законодательства и юстиціи. Слѣдовательно, къ области управленія относится также и установленіе правовыхъ положеній, именно такихъ, для которыхъ не требуется содѣйствія народнаго представительства.

§ 421.

Правовыя положенія, могущія по конституціи возникать безъ согласія народнаго представительства, называютъ распоряженіями (или ближе «правовыми распоряженіями»).

Важнѣйшіе виды распоряженій суть: распоряженія исполнительныя, служащія исполненіемъ законовъ, полицейскія распоряженіи и распоряженія, издаваемыя для настоятельныхъ случаевъ, временныя мѣры въ виду крайней необходимости.

Этимъ правовымъ распоряженіямъ противополагаютъ «распоряженія административныя» (или «инструкціи»), содержащія въ себѣ общія указанія главы государства или высшихъ присутственныхъ мѣстъ мѣстамъ

низшимъ о наиболѣе цѣлесообразномъ способѣ управленія (ср. § 414 цифру 3) въ границахъ права.

§ 422.

Правительственная дѣятельность или дѣятельность управленія имѣетъ отчасти характеръ исполненія опредѣленныхъ законовъ, напр. школьныхъ, почтовыхъ, промышленныхъ и финансовыхъ, отчасти же, напротивъ, движется въ опредѣленныхъ законныхъ предѣлахъ, независимо отъ подобныхъ государственныхъ задачъ.

Послѣднее, напр., имѣетъ главнымъ образомъ силу во внѣшней политикѣ.

§ 423.

Въ условіяхъ правительственной дѣятельности различаютъ вопросы цѣлесообразности и вопросы права.

Первые могутъ касаться или какой-либо предпринятой правительствомъ мѣры въ ея цѣломъ или, когда рѣчь идетъ только объ исполненіи закона, рода и способа осуществленія послѣдняго.

Вторые стремятся къ тому, чтобы вообще охранять установленные закономъ предѣлы и не позволять нарушать существующія публичныя или частныя права.

Въ послѣднемъ случаѣ получается поводъ для примѣненія судейскихъ рѣшеній, слѣдовательно, для проявленія дѣятельности юстиціи. Для существа правового государства важно, чтобы для подобныхъ случаевъ былъ бы предусмотрѣнъ порядокъ, соотвѣтствующій духу юстиціи, безразлично къ тому, какъ назывались бы органы, которымъ ввѣряется правосудіе. См. литературу къ §§ 382 и 410.

§ 424.

Разсматриваемые вопросы важны для выясненія взаимныхъ отношеній юстиціи и управленія другъ къ другу. Для юстиціи существуютъ только правовые вопросы, между тѣмъ какъ для управленія на первомъ планѣ стоятъ вопросы цѣлесообразности.

Это противоположеніе находится въ связи съ двойною задачею государства, заключающейся въ регулированіи уже путемъ права существующихъ отношеній съ одной стороны и созданіи новыхъ отношеній съ другой; къ послѣдней задачѣ относится также и дальнѣйшее развитіе, сообразно общимъ интересамъ, отношеній, уже установившихся (§ 375).

§ 425.

Первая задача не требуетъ вообще проявленія творческой дѣятельности (§ 241 и сл.). Прежде всего таковой не требуется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, когда какой-либо споръ о правѣ нуждается въ разрѣшеніи при посредствѣ судейскаго приговора. При этихъ условіяхъ для судейской дѣятельности въ системѣ правовыхъ опредѣленій дается объективный, достаточный и исключающій усмотрѣніе масштабъ; вмѣстѣ съ тѣмъ

данный масштабъ примѣняется безъ прибавленія и убавленія со стороны тѣхъ, кому ввѣрена функція пользованія имъ, путемъ простаго подведенія опредѣленныхъ фактовъ подъ соотвѣтствующія нормы права.

Напротивъ, что касается второй задачи, то въ существующихъ абстрактныхъ нормахъ *права* она можетъ найти свое выраженіе только въ ограниченномъ объемѣ. Въ послѣднемъ случаѣ сами нормы требуютъ пополненія въ той дѣятельности, для которой руководящимъ началомъ являются сами государственныя цѣли, а не только ихъ регулирующія нормы. Такъ, напр., задача правительства Германской имперіи въ отношеніи поощренія торговли и гражданскаго оборота только въ ограниченной мѣрѣ получила воплощеніе въ абстрактныхъ опредѣленіяхъ, при чемъ полнаго своего разрѣшенія она никогда не получитъ путемъ простого подведенія данныхъ фактовъ подъ такія опредѣленія.

§ 426.

Различіе указанныхъ задачъ и условій ихъ разрѣшенія въ современномъ государствѣ получило выраженіе въ обособленіи и различномъ положеніи важнѣйшихъ судебныхъ и административныхъ установленій. При томъ существеннымъ условіемъ дѣятельности первыхъ является безпристрастное примѣненіе законовъ, условіемъ дѣятельности вторыхъ — энергичное и единообразное преслѣдованіе государственныхъ цѣлей.

III. Область государственнаго господства.

§ 427.

Объемъ области государственнаго господства опредѣляется:

1. территоріею государства,
2. подданствомъ государству,

и принципами территоріальности и личности (§§ 62 и сл., 335 и сл.).

Сравни литературу къ § 326.

§ 428.

1. Опредѣляя принципъ територіальности, точнѣе можно сказать, что каждое государство признается управомоченнымъ осуществлять въ предѣлахъ своей области верховныя права при условіи свободнаго самоопредѣленія и съ устраненіемъ вмѣшательства всякой другой державы, если, конечно, для ограниченія права самоопредѣленія не имѣется особыхъ юридическихъ основаній.

§ 429.

Согласно указанному принципу, иностранцы, находящіеся на територіи чужого государства, подлежатъ воздѣйствію туземнаго права, хотя, при этомъ въ извѣстной степени принимаются во вниманіе и отечественные законы иностранца.

§ 430.

Тѣ, которые находятся съ опредѣленнымъ государствомъ въ твердомъ личномъ отношеніи, въ качествѣ его членовъ, «подданныхъ государства», подлежатъ воздѣйствіямъ господства отечественнаго права независимо отъ ихъ возможнаго мѣстопребыванія, насколько законы даннаго государства это опредѣляютъ (§ 326 и сл.).

§ 431.

Основывается такое отношеніе преимущественно на происхожденіи отъ подданнаго того или другого государства, на бракѣ съ таковымъ для женщины, на пожалованіи; прекращается—увольненіемъ изъ подданства вслѣдствіе просьбы о томъ, лишеніемъ вслѣдствіе неисполненія опредѣленныхъ обязанностей и, при особыхъ условіяхъ, выселеніемъ.

§ 432.

Въ союзномъ государствѣ (§ 404 и сл.) подданство является двойственнымъ, съ одной стороны—въ виду состоянія лица въ подданствѣ союза, съ другой—въ виду принадлежности его въ то-же время къ одному изъ государствъ-членовъ, такъ какъ по главному правилу никто не можетъ принадлежать цѣлому, союзу, не будучи въ то-же время гражданиномъ государства члена и наоборотъ.

Исключеніе изъ этого принципа для Германіи основано имперскимъ закономъ 1888 года въ пользу иностранцевъ, служащихъ въ охранныхъ областяхъ; эти иностранцы получаютъ подданство имперіи безъ подданства государству члену.

§ 433.

Съ точки зрѣнія членовъ союзнаго государства должно различать три категоріи лицъ, именно:

a) собственныхъ его подданныхъ,

b) подданныхъ другихъ государствъ, членовъ того-же союзнаго государства—«родственниковъ по союзу»,

c) иностранцевъ.

Отношеніе государства члена къ категоріи b обыкновенно въ однихъ случаяхъ регулируется наравнѣ съ отношеніемъ къ категоріи a; въ другихъ случаяхъ—какъ къ категоріи c.

IV. Правовое положеніе отдѣльнаго лица.

§ 434.

Гдѣ существуетъ развившееся публичное право (§ 410), тамъ и отношенія отдѣльныхъ лицъ и ихъ особыхъ союзовъ къ государству и его органамъ урегулированы правовымъ образомъ. Всѣ эти лица и союзы являются здѣсь съ одной стороны субъектами точно ограниченныхъ обя-

занностей, съ другой—обладателями правовой силы, принявшей въ опредѣленныхъ отношеніяхъ форму субъективнаго права (§ 153 и сл.).

§ 435.

Для значенія и объема этой правовой силы рѣшающимъ моментомъ являются содержаніе и сила всего публичнаго права, дѣйствующаго на территоріи даннаго государства.

Особое значеніе для нихъ имѣютъ три группы ниже указываемыхъ правовыхъ опредѣленій.

§ 436.

Правовая сила возникаетъ для отдѣльнаго лица изъ тѣхъ опредѣленій государственнаго права и пополняющей его части публичнаго права, которыя устанавливаютъ границы и формы осуществленія органами государства государственнаго господства надъ отдѣльными лицами (§ 381); сюда-же относятся также опредѣленія, представляющія собою обезпеченіе соблюденія названныхъ границъ и формъ.

§ 437.

1. Осуществленіе упомянутой правовой силы отдѣльныхъ лицъ сказывается въ опредѣленіи закона о границахъ и формахъ, въ которыхъ отдѣльное лицо можетъ быть въ публичномъ интересѣ лишено личной свободы или имущественныхъ правъ; въ опредѣленіяхъ, въ силу которыхъ гражданину не можетъ быть возбранено свободное избраніе мѣстопребыванія, свободное осуществленіе своихъ религіозныхъ и научныхъ интересовъ и свободное примѣненіе въ извѣстныхъ границахъ трудовой силы и вообще во всѣхъ опредѣленіяхъ, обезпечивающихъ индивиду область устроенія жизни по собственному усмотрѣнію и выражающихъ то современное воззрѣніе, что человѣкъ не призванъ быть поглощеннымъ въ гражданинѣ.

Правовая сила отдѣльныхъ лицъ, возникающая изъ подобныхъ законовъ въ отношеніи государственныхъ органовъ, порождала нерѣдко недоразумѣнія въ литературѣ. Предполагали, что этой силой охраняются индивидуальные интересы по отношенію къ интересамъ государственнымъ и что въ обезпеченіи ихъ содержится ограниченіе господства воли всѣхъ въ пользу воли отдѣльныхъ лицъ, и не знали, какъ согласовать его съ тѣмъ основнымъ положеніемъ, что отдѣльные интересы, какъ таковые, должны уступать интересамъ общимъ. Въ дѣйствительности въ данномъ случаѣ для упомянутыхъ законовъ, какъ и для всякаго закона и для созданія всѣхъ частей объективнаго права, имѣютъ рѣшающее значеніе *публичные* интересы, насколько вообще интересъ въ регулированіи отношеній какъ частнаго, такъ и публичнаго права, соотвѣтственно идеѣ права, есть публичный интересъ, и при томъ интересъ, важнѣйшимъ органомъ котораго является государство.

Если государство въ этомъ смыслѣ обезпечиваетъ и охраняетъ права упомянутаго вида, то здѣсь нѣтъ на лицо никакого самоограниченія въ пользу индивида, но лишь осуществленіе силы въ пользу собственной задачи государства.

§ 438.

2. Правовая сила отдѣльнаго лица по отношенію государственныхъ органовъ возникаетъ далѣе изъ опредѣленій, обезпечивающихъ ему извѣстное участіе въ томъ, что государство совершаетъ на пользу своихъ подданныхъ и вообще лицъ, подлежащихъ его охранѣ.

Сюда относится, напр., обезпеченное за отдѣльнымъ лицомъ право на правовую помощь.

§ 439.

3. Правовая сила отдѣльнаго лица въ его отношеніи къ государству возникаетъ, наконецъ, изъ опредѣленій, призывающихъ это лицо къ непосредственному и активному участію въ жизни государства и надѣляющихъ его способностью къ такому участію. Сюда относятся опредѣленія, ставящія отдѣльныхъ лицъ прямо въ положеніе органовъ государства, напр., опредѣленія, предоставляющія подданнымъ мужескаго пола по достиженіи извѣстнаго возраста активное избирательное право въ области народнаго представительства; тотъ же характеръ имѣютъ такія опредѣленія, которыя обезпечиваютъ положеніе активнаго участника государственнаго управленія, напр., положеніе депутата, судьи, только при извѣстныхъ условіяхъ, напр., при условіи избранія или назначенія.

§ 440.

Правовая сила, въ указанномъ смыслѣ предоставляемая отдѣльному лицу, принимаетъ образъ субъективнаго права преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда этому лицу обезпечивается возможность опредѣленно характеризованной дѣятельности (напр., участіе въ производствѣ извѣстныхъ выборовъ); далѣе, тамъ, гдѣ ему предоставляется право на пользованіе дѣятельностью тѣхъ или другихъ присутственныхъ мѣстъ (право на юридическую помощь).

Слову „право“ въ разсматриваемой области иногда давали не соотвѣтствующее значеніе: въ особенности говорили объ „основныхъ правахъ“, принимая при этомъ во вниманіе такія отношенія, при которыхъ не даны ни указанные въ настоящемъ случаѣ спеціальные, ни опредѣленные въ § 153 и сл. общіе признаки. Такое словоупотребленіе примѣнялось, напримѣръ, въ отношеніи отмѣны сословныхъ преимуществъ, существованія судовъ присяжныхъ, ограниченнаго примѣненія смертной казни (имперская конституція 1848 года). Желательно, однако, на будущее время избѣгать подобной неправильности.

§ 441.

Права отдѣльной личности вообще можно раздѣлить на государственно-гражданскія и политическія.

Первыя обнимаютъ собою права, подпадающія подъ такое опредѣленіе съ двухъ уже ранѣе характеризованныхъ точекъ зрѣнія (§§ 436—38), послѣднія имѣютъ въ виду права, относящіяся къ третьему разряду (§ 439).

Словоупотребленіе въ этомъ отношеніи еще не установилось. Выраженія „государственно-гражданскій“ и „политическій“ часто (также и въ герм. законодательствѣ) употребляются въ тождественномъ смыслѣ, какъ однозначащія: поэтому и права въ текстѣ называемыя государственно-гражданскими вмѣстѣ съ тѣмъ, именуются „гражданскими“. Подобное словоупотребленіе однако вызываетъ сомнѣніе въ томъ смыслѣ, что „гражданскія права“ указываютъ на „гражданское право“, т. е. на частное право, между тѣмъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о правахъ, выведенныхъ изъ права публичнаго. Нельзя, очевидно, совѣтывать: слово „гражданское право“ и „частное право“ относить къ одному и тому же понятію, слова же „гражданскія права“ и „частныя права“ вмѣстѣ съ тѣмъ противуполагать.

§ 442.

Политическія права принадлежатъ только подданнымъ государства; государственно же гражданскія права въ извѣстномъ объемѣ принадлежатъ также и иностранцамъ, находящимся въ странѣ, въ болѣе широкомъ объемѣ они принадлежатъ «родственникамъ по союзу».

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Германское Государственное право.

I. Къ его первоначальной исторіи.

§ 443.

Старая Германская имперія, первоначально единое государство съ избираемымъ монархомъ, съ теченіемъ времени—послѣдствіе и въ то же время причина національнаго несчастія—утратила постепенно характеръ дѣйствительнаго государства.

Съ окончаніемъ религіозныхъ войнъ Германія по существу своему сложилась въ конфедерацію, удержавъ нѣкоторыя названія и обычаи стараго общественнаго союза. Въ этой конфедераціи одно время продолжали существовать, все болѣе и болѣе теряя значеніе, нѣкоторыя установленія той эпохи, когда Германія еще являлась единымъ государствомъ.

Литература къ исторіи германскаго государственнаго права: учебники германскаго государственнаго права (см. § 460). Eichhorn, Deutsche Staats u. Rechtsgeschichte, 4 A. 44 f. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, 2 A. 57. Zöpfl, desgl., 4 A. 72. Schulte, Lehrb. der d. Reichs-u. Rechtsgeschichte, 6. A. 92. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 87, II 92; онъ-же in Holtzendorffs Encyclopädie, R. Schröder, D. Rechtsgeschichte, 3. A. 98, v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts, 2. A. 97. Siegel, D. Rechtsgeschichte, 3. A. 95. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8 Bde, I u. II in 3 A. 80 f. Sohm, Die fränkische Reichs-u. Gerichtsverfassung 71.—Fränkisches Recht u. römisches Recht 80. Sickel, Geschichte der deutschen Staatsverfassung 79, v. Sybel, Die Begründung des Deutschen Reichs durch Wilhelm I, 4, A. 93 f. v. Bismarck, Gedanken und Erinnerungen 98,

§ 444.

Одновременно съ упадкомъ имперіи развилось въ отдѣльныхъ территоріяхъ «територіальное верховенство», первоначально только въ видѣ

совокупности нѣкоторыхъ отдѣльныхъ правъ, позднѣе — уже въ видѣ дѣйствительной государственной власти, стремившейся къ совершенной независимости отъ имперіи и впослѣдствіи достигшей осуществленія своихъ желаній.

§ 445.

Въ цѣпи событій, способствовавшихъ достиженію названной цѣли, образованіе въ іюлѣ 1806 г. изъ Баваріи, Вюртемберга, Бадена, Гессена и нѣкоторыхъ другихъ болѣе мелкихъ германскихъ государствъ Рейнскаго Союза составляетъ заключительное звено; это соединеніе государствъ представляло собою оборонительный и наступательный союзъ подъ протекторатомъ Наполеона въ интересахъ господства какъ послѣдняго, такъ и участвовавшихъ въ союзѣ государей. За основаніемъ Рейнскаго союза послѣдовало сложеніе императоромъ Францемъ II императорскаго сана, а вмѣстѣ съ тѣмъ и формальное объявленіе о распаденіи имперіи 6 августа 1806 года.

§ 446.

Подъ вліяніемъ послѣдствій господства Наполеона и устранившихъ его освободительныхъ войнъ въ 1815 году состоялось новое соединеніе всѣхъ германскихъ государствъ въ «Германскій Союзъ».

Главная цѣль новаго соединенія заключалась въ охраненіи независимости упомянутыхъ государствъ по отношенію какъ къ чужестраннымъ державамъ, такъ и другъ къ другу и въ обезпеченіи господствующаго положенія царствовавшихъ династій.

§ 447.

Опредѣляющими законами организаціи Германскаго союза были:

Союзный актъ 8 іюня 1815 года и Вѣнскій заключительный актъ 15 мая 1820 года.

На основаніи названныхъ документовъ союзъ представлялъ собою конфедерацію или союзъ государствъ (§ 406).

§ 448.

Права союза, соображаясь съ указанными цѣлями его существованія, заключали въ себѣ по отношенію къ чужестраннымъ державамъ право: вести войну и заключать миръ, вступать въ договоры и союзы, посылать и принимать пословъ; по отношенію же къ союзнымъ государствамъ права его были болѣе ограниченны. Для отдѣльныхъ нѣмцевъ онъ не былъ государствомъ — отечествомъ.

§ 449.

Германскій союзъ имѣлъ особый органъ въ, такъ называемомъ, «бундестагѣ», постоянномъ соединеніи, уполномоченныхъ союзныхъ государей и вольныхъ городовъ подъ предсѣдательствомъ австрійскаго посланника.

§ 450.

Бундестагъ дѣйствовалъ въ различныхъ формахъ, именно:
1) въ формахъ тѣснаго совѣта,
2) въ формахъ полнаго состава.

§ 451.

Тѣсный совѣтъ насчитывалъ 17 голосовъ. При этомъ болѣе мелкія государства соединялись въ группы, изъ которыхъ каждая имѣла одинъ голосъ.

Для рѣшеній этого совѣта требовалось простое большинство голосовъ.

§ 452.

Въ полномъ составѣ каждый членъ союза имѣлъ по меньшей мѣрѣ одинъ голосъ. Большія государства располагали нѣсколькими голосами (4, 3, 2). Рѣшенія предполагали по большей части единогласіе.

§ 453.

Національное стремленіе къ большему единству политическихъ отношеній Германіи нашло въ 1848 по 1850 годахъ выраженіе въ нѣкоторыхъ особыхъ эфемерныхъ установленіяхъ.

Исходящія непосредственно отъ народа стремленія къ единенію, получившія свое самое значительное выраженіе въ имперской мартовской конституціи 1849 года, потерпѣли неудачу точно такъ же, какъ и другія подобныя установленія, создаваемыя правительствами (спеціально прусскимъ правительствомъ); самая замѣчательная попытка въ этомъ направленіи выразилась въ Эрфуртской союзной конституціи.

§ 454.

Главнѣйшее препятствіе къ осуществленію послѣднихъ стремленій, заключавшееся въ взаимныхъ отношеніяхъ двухъ великихъ державъ— Австріи и Пруссіи, было устранено войною 1866 года.

Эта война повела за собою распаденіе Германскаго союза и созданіе союза новаго болѣе тѣснаго и по существу представившаго иной государственно-правовой характеръ.

§ 455.

Новый союзъ, т. е. «Сѣверо-Германскій союзъ», объединилъ подъ главенствомъ Пруссіи государства къ сѣверу отъ линіи Майна, (включая сѣверную провинцію великаго герцогства Гессенъ).

Баварія, Вюртембергъ, Баденъ и Гессенъ (въ отношеніи его провинцій, лежащихъ къ югу отъ Майна) заключили съ Пруссіею оборонительный и наступательный союзы.

§ 456.

Конституція новаго союза была выработана правительствами, одобрена спеціально для этого созваннымъ рейстагомъ и принята народными представителями заинтересованныхъ земель.

Обнародованіе конституціи послѣдовало въ этихъ земляхъ въ іюнѣ 1867 года. 1 іюля того-же года указываетъ начало ея дѣятельности и въ тоже время обозначаетъ день, когда созданіе новаго государственнаго организма получило свое завершеніе.

Названный актъ однако вовсе не единственный въ исторіи образованія новаго союза. Вмѣстѣ съ тѣмъ, относящіеся сюда акты нельзя просто характеризовать, какъ осуществленіе опредѣленныхъ, уже прежде существовавшихъ правъ. Образованіе новаго государственнаго организма всегда содержитъ въ себѣ часть оригинальнаго правового творчества, отмѣняющаго въ извѣстныхъ частяхъ непрерывность развитія права, для обязательной силы котораго имѣютъ рѣшающее значеніе не только одновременно при этомъ осуществляемыя субъективныя права, въ особенности въ высшей инстанціи, но скорѣе общіе источники права съ его обязательной силой. Съ игнорированіемъ этого положенія вещей находится въ связи многократно высказываемое ошибочное воззрѣніе, будто бы содѣйствіе учрежденнаго Сѣверо.Германскаго Рейхстага въ дѣлѣ созданія новаго союза должно быть юридически приравнено нулю и будто бы на послѣдній въ смыслѣ его правового рѣшенія должно смотрѣть только какъ на результатъ дѣятельности создававшихъ его правительствъ.

§ 457.

Сѣверо-Германскій союзъ имѣлъ характеръ союзнаго государства (§ 404 и сл.).

§ 458.

Подъ вліяніемъ войны противъ Франціи 1870/71 года послѣдовало расширеніе и преобразованіе Сѣверо-Германскаго союза въ Германскую Имперію.

Рѣшающее значеніе въ данномъ случаѣ получили договоры между союзомъ и южно-германскими государствами; на основаніи этихъ договоровъ послѣднія присоединились къ союзу.

Председателю союза былъ данъ титулъ «Германскаго Императора».

§ 459.

Договоры вступили въ дѣйствіе съ 1 января 1871 года.

На основаніи ихъ заново редактированная союзная конституція была обнародована 16 апрѣля того-же года.

II. Имперія въ ея отношенія къ союзнымъ государствамъ.

§ 460.

Слово «имперія» обыкновенно относятъ не къ цѣлому Германскаго общественнаго организма, не къ расчлененному союзному государству, но

только къ совокупности общихъ органовъ въ противоположность организаціямъ членовъ, «государствамъ союза».

Въ этомъ смыслѣ оно будетъ также примѣняться въ дальнѣйшемъ.

P. Laband, Pas Staatsrecht des Deutschen Reichs, 2 Bde.. 3. A. 98; онъ-же въ Marquardsens Handbuch II, 2. A. 94. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 5. A. 99, онъ-же, Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung 72. O. Mejer, Einleitung in d. deutsche Staatsrecht, 2. A. 89. H. Schulze, Einleitung in d. deutsche Staatsrecht, n. Ausg. 67. v. Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes 68. Thudichum, Verfassungsrecht d. Nordd. Bundes und d. deutschen Zollvereins 70. Binding, Gründung des Nordd. Bundes 89. Seydel, Kommentar zur Verfassungs urkunde f. d. D. Reich, 2. A. 97. Hänel, Studien zum d. Staatsrecht 73, 80, 88; онъ-же, Deutsches Staatsrecht I, 92. Zorn, Das Reichsstaatsrecht, 2 A. I, 95, II, 97. Arndt, Verfassung des d. Reichs, Kommentar 95, v. Hottzendorff, Das deutsche Verfassungsrecht, у него Encyctopädie, in d. 5. A. bearb. v. Störk. Binding, Deutsche Staatsgrundgesetz 92 ff.

§ 461.

Имперія обладаетъ государственной властью и верховными правами·

1. Наряду съ государствами союза,

2. Надъ государствами союза въ силу господства, которымъ она обладаетъ въ отношеніи послѣднихъ.

Существуетъ, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ раздѣленіе властей.

§ 462.

1. Имперія обладаетъ наряду съ государствами союза законодательною властью, властью управленія и судейскою властью (§ 414 и сл.) и осуществляетъ эти власти отъ собственнаго имени и въ силу собственнаго права, точно также, какъ это происходитъ и въ государствахъ союза.

§ 463.

Относительно извѣстныхъ областей государственной жизни имперія располагаетъ исключительной властью.

Такъ, ей принадлежитъ законодательная власть въ области военнаго дѣла, военнаго флота, почтъ и телеграфовъ, таможенъ, консульскаго дѣла, охраны германскаго торговаго флота и организаціи имперскихъ присутственныхъ мѣстъ..

Ей принадлежитъ власть управленія въ сферѣ разрѣшенія вопросовъ о мирѣ и войнѣ, вопросовъ морскаго дѣла, германскихъ консульствъ заграницею, почтоваго и телеграфнаго дѣла (за исключеніемъ Баваріи и Вюртемберга).

Ей принадлежитъ судебная власть въ отношеніи отправленій морскаго уголовнаго правосудія, консульскихъ судовъ и преслѣдованія проступковъ, направленныхъ противъ императора и имперіи.

§ 464.

Напротивъ, относительно большинства областей государственной жизни функціи власти имперіи совпадаютъ различнымъ образомъ съ функціями власти государствъ союза.

Такъ напр., подобное совпаденіе существуетъ въ отношеніи законодательной власти, преимущественно въ вопросахъ частнаго уголовнаго и процессуальнаго права; въ области управленія—въ военномъ дѣлѣ; въ области юстиціи—въ сферѣ гражданскаго, общеуголовнаго (за исключеніемъ преступленій, упомянутыхъ ранѣе въ § 463), военно-уголовнаго правосудія и нѣкоторыхъ отраслей административной подсудности, (напр. въ дѣлахъ о принадлежности по происхожденію къ одному изъ государствъ союза, призрѣнія бѣдныхъ и общественномъ страхованіи), поскольку въ этихъ случаяхъ имперіи повсюду предоставляется право высшей инстанціи.

§ 465.

Права, не предоставляемыя имперіи имперскою конституціею или договорами, принадлежатъ государствамъ союза.

§ 466.

Въ тѣхъ дѣлахъ, въ отношеніи которыхъ какъ имперія, такъ и государства союза имѣютъ законодательную власть, законы имперіи получаютъ преимущество передъ законами государствъ союза—«законами страны». «Имперскій законъ отмѣняетъ законъ страны».

§ 467.

Вопросы о разграниченіи правъ имперіи отъ правъ государствъ союза подлежатъ разрѣшенію имперіи.

§ 468.

Въ совокупной организаціи общественнаго организма имперія представляетъ собою господствующую часть. Имперія обладаетъ законодательною, административною и судебною властью не только *наряду* съ государствами союза, но въ то же время и надъ ними (§ 461).

§ 469.

Шире всего законодательная власть имперіи по отношенію къ государствамъ союза.

Имперія можетъ своими законами возложить на нихъ финансовыя и другія тягости въ свою пользу, можетъ обязать ихъ какъ къ опредѣленной дѣятельности, напр., въ области правосудія, такъ и къ установленію и содержанію опредѣленныхъ органовъ, напр., опредѣленныхъ судовъ, можетъ провести границы для ихъ правительствъ по отношенію къ собственнымъ подданнымъ и родственникамъ по союзу; наконецъ, имперія можетъ измѣнять границы собственной власти по отношенію властей государствъ союза.

§ 470.

Болѣе ограниченною властью имперія обладаетъ по отношенію къ государствамъ союза въ области управленія, и, именно, эта власть предоста-

влена имперіи постольку, поскольку члены союза находятся подъ ея высшимъ надзоромъ относительно обязательнаго для нихъ исполненія имперскихъ законовъ и поскольку союзъ вслѣдствіе отказа или задержки въ правосудіи уполномоченъ вмѣшиваться въ дѣла отдѣльныхъ государствъ и предпринимать принудительныя противъ нихъ мѣры въ тѣхъ случаяхъ, когда они не исполняютъ своихъ обязательствъ по отношенію къ имперіи.

§ 471.

По отношенію государствъ, входящихъ въ составъ союза, имперія обладаетъ, наконецъ, ограниченною судебною властью; подобная власть ей принадлежитъ ей постольку, поскольку имперія призвана разрѣшать какъ споры между государствами союза, такъ, при извѣстныхъ условіяхъ, и конституціонныя пререканія въ самыхъ этихъ государствахъ. Вмѣшательство вслѣдствіе отказа въ правосудіи, а равно и предпринятіе союзной экзекуціи (§ 470) также предполагаютъ руководящую судебную дѣятельность союза.

§ 472.

Этимъ правамъ господства имперіи соотвѣтствуютъ извѣстныя притязанія государствъ союза, поскольку каждое изъ нихъ имѣетъ право на то, чтобы имперія въ случаѣ необходимости оказала-бы ему дипломатическую и военную защиту и чтобы ему было-бы предоставлено право въ своей части пользоваться тѣми благами, которыя создаются дѣятельностью имперіи.

III. Имперія въ ея отношеніи къ отдѣльнымъ лицамъ.

§ 473.

Имперія находится въ непосредственномъ государственно-правовомъ отношеніи къ отдѣльнымъ германцамъ. Каждый германецъ «непосредственно подчиненъ имперіи». Онъ находится

1) непосредственно подъ господствомъ имперіи и отсюда,

2) непосредственно изъ законовъ и дѣятельности имперіи почерпаетъ правовую силу спеціально въ отношеніи опредѣленныхъ органовъ.

§ 474.

1. Отдѣльные германцы, находящіеся непосредственно подъ господствомъ имперіи, суть имперскіе подданные.

Законодательная административная и судебная власть, которой имперія обладаетъ *наряду* съ государствами союза, въ своихъ функціяхъ касается отдѣльныхъ лицъ, для которыхъ изъ этихъ функцій непосредственнымъ образомъ вытекаютъ обязательства разнаго вида и широкаго объема.

§ 475.

Это отношеніе подданства выражается, между прочимъ, въ томъ, что отдѣльныя лица

a) находятъ свои отношенія другъ къ другу въ широкомъ объемѣ урегулированными при посредствѣ имперскихъ законовъ (въ особенности при посредствѣ Гражданскаго Уложенія для Германской Имперіи, напр., въ опредѣленіяхъ о заключеніи брака), притязающихъ на непосредственно обязательную силу,

b) видятъ себя въ силу имперскаго закона обязанными къ опредѣленнымъ дѣйствіямъ по отношенію къ имперіи (къ военной службѣ, къ уплатѣ податей).

c) находятся къ имперіи въ отношеніи вѣрноподданства, которое имперскими законами (опредѣленіями наказаній за государственную измѣну и измѣну отечеству) обставлено особыми обезпеченіями.

§ 476.

2. Имперія предоставляетъ отдѣльнымъ германцамъ имперское право гражданства.

Оно обнимаетъ собою какъ право свободнаго пребыванія въ предѣлахъ имперіи, такъ и право на участіе въ дѣйствіяхъ имперіи сообразно ся законамъ.

Правовая сила, возникающая для подданныхъ имперіи изъ опредѣленій имперскаго права, не совпадаетъ съ имперскимъ правомъ гражданства.

Объ этой правовой силѣ см. § 434 и сл. Наряду съ опредѣленіями, прямо признающими извѣстныя права за отдѣльными лицами, здѣсь для вышеупомянутой силы имѣютъ рѣшающее значеніе такія опредѣленія, которыя проводятъ границы партикулярной государственной власти, напр., опредѣленія о равноправности вѣроисповѣданій въ гражданскомъ и государственно-гражданскомъ отношеніи (законъ 3 іюля 1869 года).

IV. Органы Имперіи.

§ 477.

Органы имперіи, при посредствѣ которыхъ осуществляются ея государственныя права, суть:

1. Императоръ,
2. Союзный Совѣтъ,
3. Рейхстагъ.

Это три органа воли имперіи, которые являются таковыми въ силу собственнаго права, основаннаго на конституціи;

4. Имперскія присутственныя мѣста.

§ 478.

Далѣе слѣдуетъ считать органами имперіи:

1. Правительства государствъ—членовъ, поскольку они осуществляютъ признанное за ними имперскою конституціею право назначенія членовъ союзнаго совѣта и снабженія ихъ инструкціями.
2. Избирателей членовъ рейстага.

Эти обѣ группы также суть органы имперіи въ силу собственнаго права, непосредственно выведеннаго изъ конституціи.

Въ дальнѣйшемъ достаточно будетъ упомянуть о названныхъ органахъ при обсужденіи союзнаго совѣта и рейхстага.

§ 479.

1. *Императоръ* есть обладатель высшей власти (Präsidialgewalt) въ имперіи, именно въ силу собственнаго права.

Это право наслѣдственно связано съ прусскою короною.

§ 480.

Въ осуществленіи упомянутой власти, императоръ не отвѣтственень. Отвѣтственность за него несетъ Канцлеръ Имперіи (§ 503 и сл.).

§ 481.

Съ указанной властью соединено личное представительство имперіи. Какъ представитель власти, императоръ обладаетъ опредѣленными почетными правами и особою правовою охраною. Къ его власти вмѣстѣ съ этимъ присоединенъ существенно-монархическій элементъ, находящій себѣ выраженіе въ императорскомъ титулѣ.

§ 482.

Отдѣльныя правомочія, сверхъ того относящіяся къ императорской верховной власти, подходятъ по большей части подъ понятіе власти управленія.

Императоръ есть высшій органъ управленія имперіи.

§ 483.

Къ правамъ, въ которыхъ коренится послѣднее свойство, принадлежитъ право императора дѣйствовать за имперію въ сношеніяхъ съ иностранными державами, отъ имени имперіи объявлять войну и заключать миръ, входить въ договоры съ чужими государствами, акредитовывать и принимать пословъ.

§ 484.

Затѣмъ сюда относится положеніе императора, какъ главнокомандующаго германской арміи въ военное и (за исключеніемъ Баваріи) въ мирное время, какъ и военнаго флота. Войска обязываются присягою при знамени повиноваться императору.

§ 485.

Сюда относится, далѣе, право императора созывать открывать и распускать законодательныя собранія, союзный совѣтъ и рейхстагъ, наблюдать за исполненіемъ имперскихъ законовъ, издавать распоряженія исполнительнаго характера (поскольку къ этому императоръ управомоченъ конституціею или имперскимъ закономъ), назначать большинство имперскихъ

чиновниковъ; къ этому надо прибавить право помилованія при преступленіяхъ, упомянутыхъ въ § 463.

§ 486.

Въ области законодательства императору предоставляется вообще только право изготовленія (законопроекта) и обнародованіе.

Въ дѣлѣ военнаго и военно-морского законодательства, какъ и въ вопросѣ о таможняхъ и важнѣйшихъ налогахъ на потребленіе, императору [1]) принадлежитъ право наложенія veto на рѣшенія, имѣющія цѣлью измѣненіе установившагося порядка.

§ 487.

Особое положеніе занимаетъ императоръ по отношенію къ Эльзасъ-Лотарингіи.

Суверинная власть надъ названными областями мирнымъ договоромъ 1871 года перенесена на имперію, осуществленіе же этой власти имперіею (закономъ 9 іюня 1871 года) передано императору.

Laband, 1 с. § 67 ff. Leoni, Das Staatsrecht der Reichslande Elsass-Lothringen въ Marquardsens Handbuch II; его-же Das öffentl. Recht Elsass-Lothringens: I Verfassungsrecht 92.

§ 488.

2. *Союзный совѣтъ* есть собраніе представителей германскихъ государей и сенатовъ вольныхъ городовъ.

При рѣшеніяхъ союзнаго совѣта можетъ быть подано всего 58 голосовъ. Изъ нихъ 17 принадлежитъ къ представителямъ Пруссіи, 6 Баваріи и по 4 голоса—Саксоніи и Вюртембергу.

§ 489.

Члены этого собранія дѣйствуютъ на основаніи инструкцій, получаемыхъ отъ своихъ правительствъ. Сами по себѣ они являются органами своихъ правительствъ, т. е. государствъ союза, между тѣмъ какъ собраніе въ цѣломъ представляетъ органъ имперіи.

§ 490.

Союзный совѣтъ рѣшаетъ дѣла подъ предсѣдательствомъ имперскаго канцлера, который въ то-же время и представитель Пруссіи, простымъ большинствомъ голосовъ; исключеніе предоставляетъ тотъ случай, когда вопросъ идетъ объ измѣненіяхъ конституціи, при чемъ 14 голосовъ союзнаго совѣта могутъ наложить veto на предложеніе подобнаго рода, или объ особыхъ правахъ государствъ членовъ, каковыя права не могутъ

---

[1]) Въ текстѣ поставлено слово Präsidium, которымъ обозначается положеніе императора въ союзѣ. Императоръ не вполнѣ обладаетъ правами главы государства въ Германской имперіи. Монарху скорѣе можно уподобить союзный совѣтъ.

Ред.

быть измѣнеными безъ согласія правообладающаго государства; большинство требуется также тогда, когда рѣчь идетъ о дѣлахъ указанныхъ въ § 486, подлежащихъ veto императора.

§ 491.

Союзный совѣтъ есть органъ законодательной, административной и судебной власти имперіи.

§ 492.

Безъ согласія союзнаго совѣта не можетъ состояться ни одинъ имперскій законъ—включая и установленіе имперскаго бюджета. Международные договоры въ извѣстныхъ отношеніяхъ также могутъ получить силу только съ его согласія.

§ 493.

Въ качествѣ органа правительства союзный совѣтъ имѣетъ право издавать распоряженія во исполненіе имперскихъ законовъ, поскольку это правомочіе не предоставлено другимъ дѣятелямъ; далѣе—имѣетъ право влiять на управленіе финансами, банками, желѣзными дорогами, почтами и телеграфами, можетъ дѣлать предложенія относительно замѣщенія извѣстныхъ имперскихъ должностей и т. д.

Объявленіе войны связано съ согласіемъ союзнаго совѣта (если только нападеніе не совершено на союзную територію), точно также, отъ согласія его зависитъ и союзная экзекуція.

§ 494.

Союзный совѣтъ по отношенію къ государствамъ союза, поскольку имперіи предоставлена судебная власть (§ 471), является органомъ таковой власти.

§ 495.

Союзный Совѣтъ дѣйствуетъ отчасти при посредствѣ общихъ собраній, отчасти—при посредствѣ комитетовъ.

Онъ имѣетъ извѣстное число постоянныхъ комитетовъ: одинъ для войска и флота, одинъ для таможенъ и податей, одинъ для желѣзнодорожныхъ, почтовыхъ и телеграфныхъ дѣлъ, одинъ для внѣшнихъ дѣлъ и т. д.

Этимъ комитетамъ предоставляется отчасти подготовка работъ общаго собранія, отчасти самостоятельное осуществленіе правомочій союзнаго совѣта.

§ 496.

3. *Рейхстагъ*, подобно союзному совѣту, есть органъ законодательной власти имперіи.

Также и отъ *его* согласія зависитъ изданіе всѣхъ имперскихъ законовъ—включая установленіе государственнаго бюджета.

Поэтому для дальнѣйшаго развитія права въ имперіи рѣшающимъ моментомъ является совмѣстная дѣятельность союзнаго совѣта, рейхстага и императора (§ 486).

§ 497.

Рейхстагъ имѣетъ далѣе право контролировать правительство имперіи, принимать петиціи и передавать ихъ союзному совѣту, имперскому канцлеру.

§ 498.

Рейхстагъ образуется прямыми всеобщими выборами.

Выборы совершаются по избирательнымъ округамъ тайною подачею голосовъ.

Спеціальныя положенія по этому вопросу содержатся въ избирательномъ законѣ 31 мая 1869 года.

§ 499.

Члены рейхстага дѣйствуютъ, какъ представители всего народа, и не связаны возможными порученіями и инструкціями со стороны своихъ избирателей.

§ 500.

Въ образованіи рейхстага получаетъ выраженіе единство имперіи, въ образованіи же союзнаго совѣта выражается самостоятельная жизнь членовъ имперіи, государствъ союза.

§ 501.

Ни одинъ изъ разсмотрѣнныхъ до сихъ поръ непосредственныхъ органовъ государственной воли не обладаетъ совокупной имперской властью. Степень власти, принадлежащая каждому изъ упомянутыхъ органовъ въ отдѣльности, не превышаетъ въ такой мѣрѣ власти другихъ, чтобы ее можно было-бы назвать суверенною.

Поэтому сувереномъ имперіи можно считать только волю, находящую себѣ выраженіе въ единой дѣятельности этихъ органовъ. Обезпеченіе единства и постоянства проявленій этой воли и ея власти не заключается, какъ въ монархіяхъ, въ единствѣ высшаго органа, но только въ единой конституціи и духѣ, выраженіемъ котораго она является.

Союзный совѣтъ, поскольку права его болѣе равномѣрно распространяются на всѣ области государственной жизни, чѣмъ права двухъ другихъ факторовъ, обладаетъ извѣстнымъ центральнымъ положеніемъ. Но это обстоятельство не даетъ еще права противополагать его императору и рейхстагу, въ качествѣ „суверена". Скорѣе въ такомъ названіи союзнаго совѣта заключалось бы непризнаніе съ одной стороны положенія императора во главѣ имперскаго правительства и въ качествѣ личнаго представителя цѣлаго, съ другой стороны положенія рейхстага, какъ согласованнаго съ союзнымъ совѣтомъ участника въ законодательствѣ.

Большинство видятъ суверена имперіи въ совокупности соединенныхъ во едино германскихъ государей и сенатовъ вольныхъ городовъ.

Но дѣятельность послѣднихъ является единою только при посредствѣ союзнаго совѣта. Поэтому права упомянутаго установленія являются рѣшающими для правового положенія названнаго единства. Но, какъ было уже указано, эти права вовсе не таковы, чтобы ими оправдывалось примѣненіе въ данномъ случаѣ понятія суверенитета.

Если даже, (какъ это дѣлали), къ названнымъ правамъ прибавить права императора, принадлежащаго, въ качествѣ короля Пруссіи, къ числу государей, входящихъ въ составъ союзнаго совѣта, то и тогда получится сложеніе величинъ неодинаковыхъ ни логически, ни юридически, такъ какъ императорскія права не суть права, принадлежащія государю Пруссіи, какъ государю, т. е., какъ члену вышеупомянутой совокупности. Императорскія права и государь не составляютъ вмѣстѣ юридическаго единства. Поэтому, если примѣнять къ нимъ обоимъ вмѣстѣ или къ ихъ правамъ понятіе суверенитета, то оно потеряетъ всякую опредѣленность и всякую юридическую цѣнность.

Если даже, какъ это также бываетъ (§ 392), подъ суверенитетомъ понимать обладаніе совокупною государственною властью, признавая въ этомъ смыслѣ суверенитетъ за совокупностью государей, и при томъ по отношенію къ суверенитету считать юридическую силу германскихъ активныхъ гражданъ и рейхстага (и помимо того сложенія также и императора) или чѣмъ-то чуждымъ государственной власти или нулемъ, то придется потеряться въ области чистыхъ фикцій.

Настоящее оспариваемое воззрѣніе, послѣдовательно проводимое, приводитъ къ (неосновательному) взгляду тѣхъ, кто оспариваетъ государственный характеръ у имперіи и видитъ въ ней только собраніе германскихъ государей.

§ 502.

4. *Имперскія присутственныя мѣста* отправляютъ дѣла имперіи въ силу права, производимаго отъ вышеупомянутыхъ ея органовъ.

Вопреки этой производной природѣ ихъ правъ извѣстныя присутственныя мѣста имперіи, какъ напр. имперскій судъ, относительно опредѣленныхъ дѣлъ развиваютъ независимую дѣятельность, обладающую правомъ окончательныхъ рѣшеній и выражающую непосредственно общую волю.

§ 503.

Во главѣ имперскихъ присутственныхъ мѣстъ стоитъ *имперскій канцлеръ*.

Онъ «министръ» (§ 524) имперіи.

§ 504.

Законы и распоряженія, обнародуемые императоромъ въ силу принадлежащаго ему права (§ 486), нуждаются для юридической дѣйствительности въ контрсигнированіи со стороны имперскаго канцлера.

Канцлеръ посредствомъ таковаго контрсигнированія принимаетъ на себя отвѣтственность (§ 525) за императорскіе акты.

§ 505.

Имперскому канцлеру надлежитъ заботиться о томъ, чтобы прочія имперскія присутственныя мѣста отправляли-бы возложенныя на нихъ дѣла въ согласіи съ законами и цѣлями имперіи.

§ 506.

Эти имперскія присутственныя мѣста раздѣляются на административныя (мѣста управленія) и судебныя.

§ 507.

Къ административнымъ присутственнымъ мѣстамъ имперіи принадлежатъ имперское вѣдомство внутреннихъ дѣлъ (прежде вѣдомство имперскаго канцлера), вѣдомство внѣшнихъ дѣлъ, адмиралтейство, имперское вѣдомство юстиціи, имперскій почтамтъ, вѣдомство имперскаго казначейства, имперскихъ желѣзныхъ дорогъ, присутственныя мѣста имперскаго банка (кураторіумъ и дирекція банка) и управленіе имперскихъ долговъ.

Во главѣ имперскихъ вѣдомствъ стоятъ статсъ-секретари, которымъ можетъ быть также поручено замѣстительство имперскаго канцлера, включая сюда и право контрсигнированія.

§ 508.

Судебныя мѣста имперіи, независимо отъ извѣстнаго числа дисциплинарныхъ и административныхъ судовъ, суть: имперскій судъ (§ 791), консульскіе суды, морскіе суды и созданный недавно военно-уголовнымъ-процессуальнымъ уложеніемъ (§ 787) высшій военный судъ.

V. Организація государствъ Союза.

§ 509.

Большинство государствъ союза—монархіи. Исключенія составляютъ Гамбургъ, Бременъ и Любекъ.

Монархіи всѣ наслѣдственныя; онѣ всѣ монархіи ограниченныя и, за исключеніемъ обоихъ Мекленбурговъ, конституціонныя.

Литература къ партикулярному государственному праву: v. Rönne, Staatsrecht d. preussischen Monarchie, 5. A., bearb. v. Zorn 99 f. H. Schulze, Das preusz. Staatsrecht auf Grundlage des deutschen, 2 A. 88 f. Bornhak, Preuss. Staatsr. 88 f. Schwartz, Die Verfassungsurkunde f. d. preusz. Staat. 96. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 2. A. 96 f. Opitz, Staatsr. des K. Sachsen 84, 87. v. Sarwey, Staatsr. des K. Württemberg 83. Wielandt, Staatsr. des Groszh. Baden 95. (In Marquardseno Handbuch Bd. II, III das Staatsr. der anderen d. Bundesstaaten; in m. IV dasj. der auszerdeutschen Staaten). Binding, Deutsche Staatsgrundgesetze 92 ff.

§ 510.

Конституціоннымъ учрежденіямъ предшествовали въ этихъ государствахъ учрежденія неограниченной монархіи. Первыя вкоренились и развились въ теченіе прошлаго столѣтія подъ вліяніемъ образцовъ, данныхъ Франціею и Англіею.

§ 511.

Эти германскія *конституціонныя монархіи* характеризуются положеніемъ монарха, министровъ и народнаго представительства земскихъ сословій.

§ 512.

Монархъ, какъ высшій органъ воли и представитель государства (§§ 395, 396), неотвѣтственъ и обладаетъ опредѣленными почетными правами (правами величества).

§ 513.

Онъ правитъ въ силу собственнаго права, но при осуществленіи этого правленія ограниченъ конституціею. Онъ подлежитъ на основаніи ея матеріальнымъ и формальнымъ ограниченіямъ.

§ 514.

Матеріально онъ ограниченъ въ отношеніи законодательства (§ 417 и сл.) и судебной дѣятельности.

Въ первомъ случаѣ онъ ограниченъ постольку, поскольку возникновеніе законовъ зависитъ отъ согласія народнаго преставительства, во второмъ— поскольку суды независимы отъ монарха въ своихъ рѣшеніяхъ. Суды судятъ его именемъ, но не по его указаніямъ.

§ 515

Также относительно управленія монархъ матеріально ограниченъ съ одной стороны тѣмъ принципомъ, что управленіе должно совершаться согласно законамъ, съ другой стороны тѣмъ, что доходы и расходы государства (государственный бюджетъ) должны быть установлены законодательнымъ путемъ.

§ 516.

Монархъ ограниченъ формально, поскольку юридическая дѣйствительность исходящихъ отъ него, какъ государя, актовъ (за исключеніемъ проявленій власти военнаго командованія) зависитъ отъ соблюденія опредѣленныхъ формъ, въ особенности отъ контрсигнированія министра, принимающаго на себя отвѣтственность за эти акты.

§ 517.

Что касается престолонаслѣдія то, по германскому праву родственники мужескаго пола предпочитаются родственникамъ женскаго пола, сыновья предшествуютъ болѣе дальнимъ родственникамъ и перворожденный послѣрожденнымъ. (Порядокъ первородства).

§ 518.

Земскіе чины дѣйствуютъ съ одной стороны, по отношенію къ монарху и его представителямъ, какъ ограничивающіе и контролирующіе факторы, а съ другой стороны призваны положительнымъ и творческимъ образомъ участвовать въ разрѣшеніи государственныхъ задачъ въ соединеніи съ представителями короны.

Часто приписываютъ земскимъ сословіямъ только контролирующую и ограничивающую дѣятельность по отношенію къ коронѣ. Но это не соотвѣтствуетъ фактамъ, такъ какъ они призваны имѣть положительное вліяніе на содержаніе законовъ и дѣйствительно повсюду его осуществляютъ.

Подобное представленіе находится исторически въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что королевская власть въ Германіи есть власть исконная и что земскія сословія были введены только въ качествѣ ограничивающихъ факторовъ, призванныхъ охранять по отношенію къ ней правовые интересы подданныхъ. Но права, которыхъ они достигли, вскорѣ превысили мѣру, соотвѣтствующую одной контролирующей и задерживающей дѣятельности.

§ 519.

Права, предоставленныя земскимъ чинамъ, сообразно выше указанной задачѣ въ ихъ отечественномъ государствѣ, соотвѣтствуютъ вообще тѣмъ правамъ, которыя имѣетъ рейхстагъ относительно имперіи (§ 496 и сл.).

Земскіе чины (сословія) поэтому въ томъ-же смыслѣ суть органы воли государства—члена, какъ это послѣднее въ свою очередь есть органъ воли имперіи; они участвуютъ въ партикулярной государственной власти въ томъ-же смыслѣ, какъ и рейхстагъ въ имперской (§ 501).

Воззрѣніе, оспаривающее у сословій всякое участіе въ государственной власти, устраняется слѣдующимъ простымъ соображеніемъ:

> высшее проявленіе силы государства заключается въ образованіи права;
> въ этомъ образованіи рѣшающее участіе принадлежитъ сословіямъ;
> слѣдовательно, онѣ имѣютъ рѣшающее участіе въ проявленіяхъ силы государства.

§ 520.

Въ большихъ и среднихъ государствахъ существуетъ такъ называемая двухпалатная система, т. е. земскія сословія слагаются изъ двухъ политическихъ корпорацій—такъ, въ Пруссіи изъ палаты господъ и палаты депутатовъ, въ другихъ земляхъ—изъ первой и второй палаты.

§ 521.

Относительно правъ обѣ палаты вообще поставлены одинаково. Только относительно установленія государственнаго бюджета и прочихъ финансо-

выхъ законовъ второй палатѣ (палатѣ депутатовъ) предоставлены извѣстныя преимущества: первое обсужденіе и право измѣненія въ деталяхъ.

§ 522.

Члены первой палаты (палаты господъ) отчасти заранѣе указаны конституціею, отчасти пожизненно назначаются монархомъ, отчасти избираются извѣстными привилегированными корпораціями.

Члены второй палаты (палаты депутатовъ) выходятъ изъ населенія, раздѣленнаго на избирательные округи, при посредствѣ различно урегулированныхъ выборовъ.

§ 523.

Члены обѣихъ палатъ дѣйствуютъ какъ представители всего населенія страны и, подобно членамъ рейхстага, не связаны какими-либо полученными инструкціями и порученіями.

§ 524.

Члены земскихъ чиновъ, подобно членамъ рейхстага, обладаютъ извѣстными привилегіями, которыя должны имъ обезпечить свободную дѣятельность.

Сюда относится преимущественно то, что они не могутъ быть привлечены къ уголовной отвѣтственности за свое голосованіе и мнѣнія, выраженныя при осуществленіи своихъ обязанностей.

§ 525.

Отвѣтственность *министровъ* обнимаетъ слѣдующее:

1. Министры должны давать отчетъ земскимъ чинамъ относительно дѣйствій по управленію и отстаивать ихъ закономѣрность и цѣлесообразность.

2. Относительно опредѣленныхъ видовъ нарушеній обязанностей, напр. намѣренныхъ измѣненій конституціи, въ большинствѣ странъ установлена особая отвѣтственность министровъ въ порядкѣ особаго обвиненія, возбуждаемаго одною изъ палатъ.

§ 526.

Отъ этой особенной отвѣтственности министровъ нужно отличать отвѣтственность общую, основывающуюся наравнѣ съ отвѣтственностью другихъ чиновниковъ, на общихъ законахъ и касающуюся вопроса закономѣрности дѣятельности названныхъ должностныхъ лицъ.

§ 527.

Относительно прочихъ органовъ государственной дѣятельности нужно различать, такъ называемые, *государственные* органы въ тѣсномъ смыслѣ отъ *общинныхъ*.

§ 528.

Первые образуютъ представляющую единство государства и его интересовъ систему присутственныхъ мѣстъ, имѣющихъ свой центральный органъ въ министерствѣ, которое обнимаетъ въ своемъ понятіи всѣхъ министровъ и совѣтниковъ и раздѣленіе котораго соотвѣтствуетъ государственнымъ задачамъ, функціямъ власти и верховнымъ правамъ.

§ 529.

Общинные органы—органы «самоуправленія»—представляютъ части государства: общины, округи, провинціи и получаютъ побужденія и мѣру для своей дѣятельности въ области задачъ и потребностей, обладающихъ значеніемъ въ предѣлахъ этихъ частей.

Schön, Das Recht der Kommunalverbände in Preussen 97.

§ 530.

Къ этимъ общиннымъ органамъ относятся: общинные совѣтники и бургомистры, окружные и провинціальные комитеты, провинціальные ландтаги и т. д.

§ 531.

Эти общинные органы дѣйствуютъ подъ контролемъ и часто въ соединеніи съ органами первой упомянутой системы. Иногда одни и тѣ-же органы по свойствамъ дѣятельности принадлежатъ съ одной стороны къ общинной и въ то-же время съ другой стороны въ сферѣ опредѣленныхъ дѣлъ къ специфически государственной системѣ.

§ 532.

Члены государственной системы—обыкновенно чиновники по призванію на жалованьи; члены же общинной системы, наоборотъ, чаще неоплачиваемые обладатели почетныхъ должностей.

ВТОРАЯ ГЛАВА.

Частное право.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Вообще.

I. Части частнаго права.

§ 533.

Главныя части частнаго права (права гражданскаго, цивильнаго, суть право имущественное и семейное.

Первое имѣетъ своимъ предметомъ имущественныя отношенія частноправовой природы (§ 85 и сл.), второе личныя отношенія членовъ семьи другъ къ другу.

Имущественное и семейное право обнимаютъ, разумѣется, не всѣ частноправовыя отношенія и права. Право на честь, напр., поскольку эта честь находитъ правовую охрану во взаимныхъ отношеніяхъ индивидовъ другъ къ другу, есть частное право, между тѣмъ оно не принадлежитъ ни къ имущественному, ни къ семейному праву. Для существованія и границъ этого права, какъ и для ряда другихъ правъ, до сихъ поръ по существу имѣли рѣшающее значеніе опредѣленія уголовныхъ законовъ, поэтому они и принимались во вниманіе главнымъ образомъ въ области литературы уголовнаго права. Гражданское Уложеніе для Германской Имперіи охраняетъ профессіональную (см. § 668, абзацъ 3) а также женскую половую честь установленіемъ обязанности возмѣщенія въ случаѣ ихъ нарушенія. Подобнымъ же образомъ оно защищаетъ жизнь, здоровье и свободу. Повсюду въ Гражданскомъ Уложеніи право на имя признается частнымъ правомъ. Распространенная теорія соединяетъ указанные и имъ подобные случаи во едино, какъ „права личности", или „индивидуальныя права" (сравни (Gierke Deutsches Privatrecht § 81).

Относительно общихъ понятій частнаго права см. цитаты къ §§ 146, 185, 244.

Повременныя изданія выдающагося значенія для науки частнаго права: Archiv für die zivilistische Praxis съ 14 г. Ihering'a „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts" (въ настоящее время „des bürgerlichen Rechts"), съ 57. Gruchot'a „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, in besond. Bez. auf das Preuss. Recht" съ 57. Grünhut'a „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", Wien съ 74 „Zeitschrift für Rechtsgeschichte", съ 61 (съ 80 Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, germanistische und romanistische Abteilung). „Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht", съ 58. „Archiv für bürgerliches Recht", съ 89. „Deutsche Juristenzeitung", съ 96.

§ 534.

Имущественныя отношенія и права, имѣютъ прямое или косвенное отношеніе къ *вещамъ*, т. е. къ какимъ либо ограниченнымъ частямъ внѣчеловѣческой природы.

§ 535.

Вещи принимаются правомъ во вниманіе, поскольку онѣ пригодны служить интересамъ человѣка и подчиняться исключительному господству его воли.

Спеціально онѣ принимаются во вниманіе въ имущественномъ правѣ постольку, поскольку выражающаяся въ правѣ воля признаетъ цѣлесообразнымъ ихъ служеніе интересамъ отдѣльнаго лица и подчиненіе господству его частной воли въ смыслѣ частноправовыхъ принциповъ.

Соотношеніе имущественныхъ отношеній и правъ съ одной стороны и вещей съ другой можетъ представить четыре вида.

§ 536.

1. Это соотношеніе можетъ выражаться въ непосредственномъ господствѣ надъ вещами или также въ такомъ же господствѣ, надъ правами, содержащими въ себѣ господство надъ вещами. Сюда относится господ-

ство собственника земельнаго участка, денежной монеты и т. д. надъ этими вещами.

Соотвѣтствующія права называются «*вещными правами*». Они принадлежатъ къ «абсолютнымъ» правамъ въ смыслѣ § 202.

§ 537.

2. Это отношеніе можетъ далѣе выразиться въ правѣ на дѣйствія другихъ лицъ, дѣйствія, которыя имѣютъ значеніе для утвержденія, сохраненія или пользованія господствомъ надъ вещами.

Сюда относится чье-либо право въ отношеніи опредѣленнаго лица: требовать выстроить домъ, или выстроенный передать въ распоряженіе правообладателя или предоставить въ таковомъ домѣ право жительства.

§ 538.

3. Далѣе, въ разсматриваемой области идутъ права, хотя и не направленныя сами по себѣ на дѣйствія ранѣе упомянутаго вида, но находящіяся съ таковыми въ отношеніи обусловленности и эквивалентности.

Сюда относится, напр., право на участіе пѣвицы, въ устраиваемомъ концертѣ, поскольку право это, пріобрѣтено дѣйствіемъ упомянутаго подъ 2 вида (вознагражденіе пѣвицѣ было уплачено впередъ), или поскольку нарушеніе этого права вызываетъ обязательство къ совершенію подобнаго дѣйствія (уплату условнаго штрафа) со стороны пѣвицы.

Права, имѣющія признаки, упомянутые подъ 2 или подъ 3, называются «*правами требованія*» или «*обязательственными* правами». Они принадлежатъ къ личнымъ или относительнымъ правамъ (§ 201).

§ 539.

Отношеніе къ вещамъ далѣе можетъ проявляться въ исключительномъ достиженіи правоваго господства надъ опредѣленными вещами, именно правѣ исключительнаго пользованія извѣстными средствами и путями для достиженія таковаго господства, или въ правѣ — исключительнаго основанія извѣстныхъ обязательственныхъ отношеній (2 и 3) относительно опредѣленныхъ вещей.

Сюда относится правомочіе имѣющаго право охоты въ предѣлахъ опредѣленнаго участка присвоивать себѣ нѣкоторыхъ животныхъ, устраняя отъ того другихъ лицъ, исключительное правомочіе творца духовнаго продукта размножать его механическимъ путемъ и пускать въ торговлю; по Гражданскому Уложенію для Германской Имперіи является исключительнымъ правомъ казны присвоеніе земельнаго участка, оставленнаго прежнимъ собственникомъ.

Такія права (за отсутствіемъ пригоднаго, обнимающаго ихъ выраженія) можно назвать имущественно-правовыми «монопольными правами». Они подобно вещнымъ правамъ принадлежатъ къ правамъ абсолютнымъ (§ 202).

§ 540.

Относящаяся къ вещнымъ правамъ часть частнаго права называется *вещнымъ правомъ*, относящіяся къ правамъ требованія—*обязательственнымъ правомъ* или правомъ *долговыхъ отношеній*.

«Монопольныя права» разсматриваются отчасти (напр. право присвоенія имѣющаго право охоты) въ связи съ вещными правами, отчасти въ связи съ правами требованія, смотря потому, коренится-ли ихъ непосредственное значеніе въ основаніи правъ перваго (напр. собственности) или послѣдняго вида.

§ 541.

Извѣстныя составныя части вещнаго и обязательственнаго права въ виду особыхъ соображеній выдѣлены изъ общаго цѣлаго и подверглись отдѣльной разработкѣ. Сюда относятся положенія семейнаго имущественнаго и наслѣдственнаго права.

§ 542.

Семейное имущественное право регулируетъ имущественныя отношенія членовъ семьи, поскольку при ихъ регулировкѣ получаетъ силу семейная связь и поскольку они не регулируются наслѣдственнымъ правомъ (въ особенности брачнымъ имущественнымъ правомъ).

Это семейное имущественное право излагается обыкновенно въ тѣсной связи съ частью права, регулирующей личныя отношенія членовъ семьи. Взятое въ широкомъ смыслѣ слова «семейное право» обнимаетъ также и личныя семейныя права.

§ 543.

Наслѣдственное право регулируетъ отношенія, могущія возникнуть относительно оставшагося послѣ владѣльца имущества.

§ 544.

Особое положеніе далѣе занимаетъ въ законодательствѣ и литературѣ *торговое право*, предметъ котораго—различныя выдѣленныя закономъ возникающія изъ торговли отношенія.

Основанія для такого выдѣленія торговаго права образуютъ различно нормируемыя понятія «купца» (т. е. по дѣйствующему торговому уложенію «лица, занимающагося торговымъ промысломъ») и «торговыхъ сдѣлокъ» (сдѣлокъ купца, относящихся къ отправленію его торговаго промысла, и кромѣ того извѣстныхъ перечисленныхъ въ законѣ сдѣлокъ, хотя бы онѣ и не относились къ его торговому промыслу).

См. § 558.

II. Имущественныя права и ихъ объекты.

§ 545.

Вещи и дѣйствія, также какъ и права, предметъ которыхъ онѣ составляютъ, обладаютъ опредѣленною цѣнностью, опредѣляемой ихъ отношеніемъ къ интересамъ, которымъ онѣ назначены служить.

§ 546.

Цѣнность вещи можетъ по роду своему не имѣть другого выразителя ея, кромѣ самой себя, при чемъ при уплатѣ вещи нельзя предложить возмѣщенія за эту цѣнность (индивидуальная цѣнность вещи).

Эта цѣнность, вмѣстѣ съ тѣмъ, можетъ заключаться исключительно въ опредѣленныхъ отношеніяхъ вещи къ данной личности, въ томъ смыслѣ, что цѣнность можетъ существовать только для этой личности (въ высшей степени личная цѣнность, цѣнность, происходящая изъ чувства расположенія). Таковая однако правомъ обыкновенно не принимается во вниманіе.

Подобную индивидуальную и въ то-же время въ высшей степени личную цѣнность можетъ имѣть, напр., письмо умершаго лица, цѣнное для адресата, какъ память о покойномъ.

§ 547.

Но цѣнность вещи можетъ также корениться въ ея отношеніи къ такимъ интересамъ, для которыхъ другія вещи могутъ имѣть одинаковое или подобное значеніе (общая цѣнность).

Соотвѣтствующіе интересы могутъ имѣть общую природу, и цѣнность вещи для нихъ, по сравненію съ цѣнностью другихъ вещей для одинаковыхъ интересовъ, можетъ быть предметомъ общественной оцѣнки.

Для этой оцѣнки мѣрило содержится въ деньгахъ. Соотвѣтствующія вещи представляютъ собою цѣнность, выражаемую въ деньгахъ.

§ 548.

Что имѣетъ силу относительно цѣнности вещей, то примѣнимо къ дѣйствіямъ и прочимъ предметамъ имущественныхъ правъ, а также и къ самимъ этимъ правамъ.

§ 549.

Съ точки зрѣнія цѣнности, выражаемой въ деньгахъ, существуетъ вообще понятіе замѣнимости предметовъ. Мѣсто вещи или дѣйствія можетъ въ данномъ случаѣ заступить соотвѣтствующая денежная сумма, или другая вещь или дѣйствіе, равныя по своей цѣнности замѣняемымъ.

§ 550.

Указанная замѣняемость имѣетъ для образованія имущественно-правовыхъ отношеній очень большое значеніе. Хотя отъ нея не зависитъ ни

существованіе вещныхъ правъ, ни правъ требованія, но тѣмъ не менѣе она вліяетъ на примѣнимость многочисленныхъ опредѣленій имущественнаго права и возможность обезпеченія этимъ правамъ достаточной частноправной охраны.

§ 551

Вещныя права, права требованія и возможныя монопольныя права образуютъ въ связи съ обязанностями по обязательствамъ («долгами») имущество даннаго лица въ юридическомъ смыслѣ этого слова.

Имущество, какъ цѣлое, представляетъ собою извѣстную (положительную или отрицательную) денежную цѣнность.

Оно можетъ далѣе, какъ цѣлое, составлять предметъ правовыхъ притязаній (въ особенности наслѣдственныхъ).

§ 552.

При регулированіи имущественныхъ отношеній оказываютъ вліяніе нѣкоторыя различія вещей.

Въ особенности различіе между движимыми и недвижимыми вещами получило большое значеніе какъ въ области имущественнаго права, такъ и въ другихъ частяхъ права.

Однако, относительно этого значенія различныя системы права расходятся между собою.

§ 553.

Въ современномъ правѣ различію между движимыми вещами придается большее значеніе, чѣмъ въ римскомъ, принципіально подчинявшемъ оба вида одинаковымъ правиламъ, и меньшее, чѣмъ въ древнемъ германскомъ.

По германскому праву правовое положеніе мужчины въ частноправовомъ и публичноправовомъ отношеніи зависѣло отъ того, имѣлъ-ли онъ права на землю и какого рода это право было. На томъ же основаніи права на недвижимость въ важнѣйшихъ частяхъ были регулированы иначе, чѣмъ права на движимыя вещи, и притомъ въ соотвѣтствіи съ центральнымъ значеніемъ землевладѣнія для совокупной правовой жизни.

Также и Гражданское Уложеніе для Германской Имперіи устанавливаетъ во многихъ отношеніяхъ различныя правила для обоихъ разрядовъ вещей, въ особенности относительно пріобрѣтенія собственности (§ 593 и сл.) и въ закладномъ правѣ (§ 635 и сл.)[1]).

§ 554.

Впрочемъ, границы между движимыми и недвижимыми вещами регулируются въ различныхъ законодательствахъ путемъ, часто уклоняющимся отъ общихъ понятій о движимости и недвижимости.

---

[1]) По русскому праву недвижимость переходитъ въ другія руки только по крѣпостному акту, между тѣмъ какъ переходъ движимости не подлежитъ такому ограниченію. *Ред.*

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Германское частное право въ его источникахъ.

I. Обзоръ.

§ 555.

Имперская конституція (арт. 4, 13 въ редакціи, которую получило это опредѣленіе особымъ имперскимъ закономъ 1873 года) уполномочила имперію регулировать всѣ общія частноправовыя отношенія своею властью. Однако, долгое время этимъ полномочіемъ пользовались только въ скромномъ объемѣ при посредствѣ отдѣльныхъ имперскихъ законовъ.

Между этими болѣе старыми имперскими законами частноправоваго содержанія должно указать: имперскій законъ объ авторскомъ правѣ 70 г., Законъ объ обязательной отвѣтственности 71 (объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ и другихъ промысловыхъ предпринимателей, см. § 691), Законъ о сословности 75, см. § 700, Законъ относительно оспариванія юридическихъ дѣйствій должника внѣ конкурса 79, опредѣленія закона о ростовщичествѣ 80.

Вообще же частное право, помимо торговаго права (см. § 558), до 1 Января 1900 года оставалось правомъ партикулярнымъ.

Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. A. 98.

§ 556.

Такое юридическое положеніе измѣнилось со вступленіемъ въ силу Гражданскаго Уложенія Германской Имперіи съ 1 января 1900 года. Уложеніе по своей основной мысли есть кодификація частнаго права, такъ что съ этихъ поръ частное право въ существеннѣйшихъ частяхъ является «общимъ» (см. § 83) германскимъ правомъ, мѣстное же частное право принципіально устраняется.

Однако, упомянутая кодификація не желаетъ быть исчерпывающей; наряду съ ней сохранено принципіально не только уже дѣйствовавшее до сихъ поръ имперское гражданское право (см. предъидущій §), но и на будущее время мѣстному праву остался предоставленнымъ рядъ предметовъ (въ имперскомъ вводномъ законѣ къ Гражданскому Уложенію напр.: право горное, охоты, рыболовства и водное право и т. д.); и точно также за мѣстнымъ правомъ сохранено право развитія или пополненія другихъ областей (веденіе поземельныхъ книгъ—ограниченія земельной собственности).

Это остающееся партикулярное частное право содержится отчасти въ старыхъ земскихъ, отчасти въ вводныхъ законахъ, изданныхъ отдѣльными государствами Союза по поводу приведенія въ дѣйствіе Гражданскаго Уложенія.

§ 557.

Подвергшись въ 1874 году нападкамъ, первый проектъ Уложенія былъ обнародованъ въ 1888 году. Переработанный другою комиссіею второй проектъ былъ въ концѣ 1895 года предложенъ союзному совѣту, а затѣмъ послѣ нѣкоторыхъ измѣненій въ январѣ 1896 года и рейхстагу, кото-

рый послѣ предварительнаго обсужденія въ комиссіи принялъ его огромнымъ большинствомъ голосовъ, послѣ чего 18 августа 1896 года послѣдовало обнародованіе.

Гражданское Уложеніе распадается на пять книгъ: общую часть, право обязательственное, вещное право, семейное право и наслѣдственное право. Обширный имперскій вводный законъ содержитъ въ себѣ регулировку «международнаго частнаго права» (см. § 326), отношеніе Гражданскаго Уложенія къ прочему имперскому и мѣстному праву (см. предъидущій §), а также и переходныя опредѣленія (см. § 317 и сл.).

„Motive" zum 1. Entwurf in 5 Bänden. „Protokolle" zur 2 Lesung. Die „Denkschrift", welche die Vorlage an den Reichstag begleitete. Lehrbücher von Cosack und Endemann. Von Dernburg bisher „Sachenrecht" und „die Schuldverhältnisse". Kürzere Einführung von Enneccerus-Lehmann. Kommentare u. a. von Planck, „Rehbein, Staudinger, Hölder-Schollemeyer u. a. Biermann-Sromhold-Örtmann u. a. Textausgaben mit Anmerkungen von Fischer-Henle, Achilles etc.

§ 558.

Уже ранѣе Уложенія *торговое* и *вексельное право* (см. § 544) составляло общее германское право.

Германскій вексельный уставъ и первоначальное германское торговое уложеніе были созданы по почину органовъ Германскаго Союза (§ 446) ближайшимъ образомъ, какъ (матеріально, хотя и совпадающее, но) формально партикулярное право отдѣльныхъ государствъ. По содержанію же въ этой области впервые было осуществлено германское единство въ правѣ. Закономъ Сѣверо-Германскаго Союза (§ 455) отъ 5 іюня 1869 года (позднѣе этотъ законъ былъ объявленъ имперскимъ закономъ) содержаніе обоихъ законовъ также и формально сдѣлалось общимъ правомъ.

Съ 1 января 1900 года вступило въ силу новое торговое уложеніе, законченное въ 1897 году; оно однако не колебало испытанныхъ основъ своего предшественника и было вызвано къ жизни лишь необходимостью согласовать дѣйствовавшее торговое право съ новымъ гражданскимъ правомъ, причемъ заодно на основаніи даннаго опыта были предприняты нѣкоторыя дальнѣйшія измѣненія и дополненія.

Торговое уложеніе не есть исчерпывающая кодификація торговаго права; наряду съ нимъ существуетъ рядъ другихъ имперскихъ законовъ торгово-правового характера (такъ, напр., законъ о различныхъ формахъ обществъ: промысловыхъ и хозяйственныхъ товариществъ, обществъ съ ограниченною отвѣтственностью; затѣмъ биржевой законъ 96 г. и другіе); наряду съ ними вспомогательно дѣйствуетъ и Гражданское Уложеніе. Далѣе, нѣкоторые предметы (какъ страховое право, издательское право, чековое дѣло) предварительно еще подчинены регулировкѣ мѣстнаго права.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 3. A. 91, II, 2. A. 83; онъ-же, System des Handelsr. Grundriss, 4. A. 92. Thöl, Handelsrecht, 3 Bde, 6. A. 79 f. Behrend. Lehrb. des H. I, 80 f. Handbuch des Handels, See-und Wechselrechts herausg. von W. Endemann 81 f. Cosack Lehrb. des H., 4. A. (auf Grundlage des neuen H. G. B.) 98. Gareis, H., 6. A. 99. Kommentare u. a. von Makower, v. Hahn, Staub (6. A. enth. das neue H. G. B., '99 f.). Спеціально вексельное право: Kuntze 62. Renaud, 3. A. 68. Lehmann 86. Grünhut 97. Rehbein, 6. A. 1900. Staub, 2. A. 96. Морское право: Lewis 83 f. Boyens 97.

§ 559.

Относительно дѣйствовавшаго въ Германіи до вступленія въ силу Гражданскаго Уложенія партикулярнаго честнаго права можно различить три главныхъ области, именно:

I. Области, въ которыхъ дѣйствовало *прежнее* общее германское частное право;

II. Области германскихъ кодификацій;

III. Области, въ которыхъ дѣйствовало французское частное право.

Bluhme, Übersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen 3. A. 63. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 60 ff.

§ 560.

I. Къ областямъ прежняго общаго права принадлежали всѣ земли, не подлежащія перечисленію подъ II и III, именно: часть Баваріи, лежащая по правую сторону Рейна, Вюртембергъ, Гессенъ, оба Мекленбурга, изъ прусскихъ земель Шлезвигъ-Голштейнъ, Ганноверъ, Гессенъ-Нассау, Франкфуртъ на Майнѣ и нѣкоторые болѣе мелкіе округа и т. д.

§ 561.

Это прежнее общее частное право сложилось изъ стараго германскаго и изъ древняго чужого права, рецепированнаго въ Германіи съ 15 столѣтія путемъ обычнаго права.

§ 562.

1. Первоначально германское право отчасти существовало въ видѣ обычнаго права, отчасти достигло высшаго развитія; съ 13 вѣка оно было заносимо въ частные сборники права, которые отчасти получили значеніе закона (какъ напр. созданное около 1230 года «Саксонское Зерцало»); далѣе германское право получило многообразное выраженіе на отдѣльныхъ территоріяхъ по новѣйшему своему содержанію въ многочисленныхъ партикулярныхъ законахъ различнаго объема и съ различнымъ кругомъ дѣйствія. Въ разсматриваемыхъ здѣсь областяхъ наряду съ чужимъ правомъ удерживало за собою болѣе или менѣе широкую область господства партикулярное право въ видѣ закона.

Относительно названнаго первоначально германскаго права и его исторіи сравни какъ учебники исторіи германскаго права (см. цитаты къ § 443), такъ и учебники германскаго частнаго права. v. Gerber, System des d. Privatr., 17 A. bearb. v. Cosack 95. Stobbe, Handbuch d. d. Privatr. 5 Bde, 2. A. 82 ff., 3. A. bearb. v. Lehmann 96 f. Beseler, System d. d. P. 4. A. 85. Gengler, D. P., 4. A. 92. v. Roth, System 80 ff. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 95. Heusler, Institutionen des d. Privatrechts 85 f. Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über d. Privatr., 6. A. 86. Очеркъ Behrend въ Holtzendorffs Encyclopädie.

§ 563.

2. Рецепированное чужое право состояло изъ римскаго, каноническаго, т. е. развившагося при посредствѣ органовъ церкви и получившаго

впервые примѣненіе при посредствѣ духовныхъ судовъ, и ломбардскаго права.

§ 564.

Римское право, составлявшее зерно всего прежняго общаго права, было реципировано въ томъ, видѣ, какой оно получило благодаря законодательству Императора Юстиніана въ 6 столѣтіи послѣ Рождества Христова. Тѣмъ не менѣе содержаніе этого законодательства пріобрѣло силу лишь постольку, поскольку оно было научно обработано юридическою школою въ Болоньѣ въ 12 и 13 столѣтіи и принято во вниманіе коментаріемъ Акурзія, составленнымъ изъ сочиненій представителей этой школы.

Къ исторіи римскаго права сравни: Puchta, Kursus der Institutionen, 9. A., bes. v. Krüger 81. Walter, Geschichte des r. R., 3. A. 60. Rudorff, römische Rechtsgeschichte 57 f. Karlowa, desgl., 85 f. Krüger, Gesch. der Quellen u. Litt d. r. R. 88. Schulin, Lehrb. d. Gesch. d. r. R. 89. Voigt, Röm. R. geschichte 92, 99. Jhering, Geist des r. R. auf den versch. Stufen s. Entwicklung (см. къ § 21). Arnold, Kultur und Rechtsleben der Römer (eodem 1) v. Keller, Der römische Zivilprozess und die Aktionen, 6. A. bearb. v. Wach 83. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7. Bde., 2. A. 34—51.

§ 565.

Юстиніаново право содержится въ четырехъ книгахъ. Это суть:

1. Институціи, представляющія собою извлеченіе изъ главныхъ частей римскаго частнаго права; институціи были изданы въ качествѣ руководства для начинающихъ изучать право, но вмѣстѣ съ тѣмъ надѣлены санкціею закона (обнародованы въ ноябрѣ 533);

2. Пандекты или Дигесты, важнѣйшая часть Юстиніанова права, заключающая въ себѣ обнародованное въ качествѣ закона собраніе извлеченій изъ научныхъ юридическихъ сочиненій выдающихся римскихъ юристовъ (обнародовано въ декабрѣ 533 года);

3. Кодексъ (constitutionum), собраніе императорскихъ распоряженій со временъ Адріана до Юстиніана (обнародованъ въ декабрѣ 534 года);

4. Новеллы, собраніе императорскихъ распоряженій, изданныхъ послѣ обнародованія упомянутыхъ ранѣе юридическихъ книгъ (обнародованы въ 535—65 годахъ.

Совокупность упомянутыхъ юридическихъ книгъ называется corpus juris civilis (romani).

1. Учебники институцій (изложеніе „чистаго“ римскаго частнаго права временъ Юстиніана): Puchta, см. къ § 564, Müller, Lehrb. 58. Sohm, Institutionen, 8 u. 9. Изд. подъ заглавіемъ „Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems d. röm. Privatrechts“, 1900. Salkowski, Lehrb., 7. A. 98. Hölder, 2. A. 83. v Scheurl, 8. A. 83. v. Czyhlarz, Lehrb., 4. A. 98. Leonhard, Institutionen 94.

2. Учебники пандектъ (изложеніе римскаго частнаго права въ его позднѣйшемъ развитомъ видѣ, или, выражаясь иначе, изложеніе „общаго германскаго частнаго права“, поскольку оно римскаго происхожденія): Puchta, Lehrb. d. Pand., 12. A. 77. v. Vangerow, Leitfaden f. Pand.- Vorlesungen, 2. A. 63 ff. v. Wächter, Pand. 80 f. Arndts, Lehrb. d. Pand., 14, A. 89. v. Brinz, Lehrb., 2—3. A. 73—92. Baron, Pand., 9. A. 96. Bekker, System des heut. Pand. R. 86, 89. Regelsberger, I. 93. Hölder, Pand., allgem. Lehren 91. Широкое распространеніе нашли въ

новѣйшее время: Windscheid, Lehrb. 3 Bde; 7. A. 91 und Dernburg, 3. Bde., 5. A. 96. Къ сему еще Savigny, System des heut. römischen Rechts (см. къ § 102). Хорошій обзоръ Bruns въ Holtzendorffs Encyclopädie.

§ 566.

Рецепированныя опредѣленія каноническаго права содержатся въ corpus juris canonici. Послѣднее состоитъ изъ Decretum Gratiani, частнаго труда, появившагося въ 1151 году; на ряду съ постановленіями вселенскихъ соборовъ, папскими распоряженіями и рѣшеніями (декреталями) этотъ памятникъ содержитъ также римскія и германскія правовыя положенія, изреченія отцовъ церкви и нѣсколько собраній папскихъ декреталій 1234, 1298 и 1317 годовъ.

Maassen, Geschichte der Quellen u. der Litteratur des kanonischen Rechts 70 f. v. Schulte, Geschichte der Quellen u. d. L. d. K. R. 75—80. Muther, Römisches u. Kanon. Recht im Mittelalter 71. Hinschius, Geschichte und Quellen des kanon. Rechts, въ Holtzendorffs Encyclopädie.

§ 567.

Рецепированныя опредѣленія ломбардскаго права содержатся въ «Libri feudorum». Они касаются леннаго быта.

Ueber die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri feudorum, 1830.

§ 568.

II. Иностранное право въ Пруссіи для старыхъ провинцій (исключая части Помераніи и Рюгена), Вестфаліи и нѣкоторыхъ частей Ганновера было лишено силы вслѣдствіе появленія обширнаго законодательнаго труда, изданнаго 1 іюня 1794 г. Общаго земскаго права для прусскихъ государствъ.

Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. bezw. 4. A. 94 ff. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 7. A., bearb. von Eccius 96 f. Обзоръ всѣхъ „новѣйшихъ кодификацій частнаго права“ въ Германіи и Австріи Behrend въ Holtzendorffs Encyclopädie.

§ 569.

Наряду съ общимъ земскимъ правомъ въ отдѣльныхъ провинціяхъ зачастую дѣйствовало особое право по большей части туземнаго происхожденія. Послѣднее находилось съ первымъ въ отношеніи подобнымъ тому, какое существовало въ указанныхъ выше подъ 1 областяхъ между первоначальнымъ нѣмецкимъ и чужеземнымъ правомъ.

§ 570.

Также и въ Саксонскомъ королевствѣ чужеземное право было вытѣснено гражданскимъ уложеніемъ, начавшимъ дѣйствіе съ Марта 1865 года.

I. Unger, Der revidierte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das K. Sachsen 68. Grützmann, Lehrbuch 87.

Изъ литературы по партикулярному частному праву германскихъ госу-

дарствъ нужно еще указать: Wächter, Handbuch des im K. Württemberg geltenden Privatrechts 39, 42. P. Roth, Bayrisches Zivilrecht 71 ff., 2. A. bearb. v. Becher. Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht 58. Böhlau, Das Mecklenburgische Landrecht 71 ff.

§ 571.

III. Французское гражданское право въ видѣ Code civil или Code Napoléon 1804 года вслѣдствіе наполеоновскихъ завоеваній получило доступъ въ нѣкоторыя германскія земли и удержалось въ силѣ въ Германіи по лѣвую сторону Рейна въ Баденѣ (съ модификаціями, какъ «Баденское земское право»), въ прусской Рейнской провинціи и нѣкоторыхъ болѣе мелкихъ округахъ.

Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. A. bearb. von Crome. Behaghel, Das badische bürgerliche Recht und der code Napoléon, 3. A. 92. Stabel, Institutionen des französ. Zivilrechts 71. f. Demolombe, Cours de c. c. Marcadé, Elements du dr. fr. Laurent, Principes de dr. c. Aubry et Rau, Cours de dr. c. d'après la méthode de Zachariä.

§ 572.

Наряду съ указанными обширными законодательными кадексами заслуживаетъ упоминанія и австрійское общее гражданское уложеніе. Оно вступило въ силу съ 1 января 1812 года и дѣйствуетъ въ настоящее время во всей Цислейтанской Австріи.

I. Unger, System des österreich. allgemeinen Privatrechts 56 ff., Bd. 1 u. 2 in 5. A. 92. Pfaff u. Hofmann, Kommentar zum österreich. allgem. bürgerl. Gesetzbuch 77 ff. Schiffner, Syst. Lehrbuch des österr. allg. Civilr. 82.

III. Рецепція римскаго права въ особенности.

§ 573.

Самый замѣчательный и разительный фактъ въ исторіи частнаго права въ Германіи есть рецепція римскаго права.

Ея значеніе для развитія германской правовой жизни можно сравнить со значеніемъ, которое имѣло бы для развитія духовной жизни народа принятіе чужаго языка.

Спеціально къ исторіи рецепзіи римскаго права въ Германіи: Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 60 ff. K. A. Schmidt, Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland 68. Franklin, Beiträge zur Gesch. der Rezeption in D. 63. R. Stintzing, Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Gesch. der Rechtswissenschaft in Zeitalter der Reformation 57, онъ-же, Geschichte der populären Litt. des röm-kanon. R. in D. am Ende des 15 u im Anfang des 16 Jahrhunderts 67. Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richterthums in d. deutschen Territorien 72. Moddermann, Die Rezeption des röm. R., deutsch von Schulz 75. Имѣется рус. пер. Sohm, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Kodifikationsfrage въ Grünhuts Zeitschr. I, 245. Boretius, Die Rezeption, Rektoratsrede.

§ 574.

Для рецепціи имѣли рѣшающее значеніе многообразность и неопредѣленность туземнаго права, неспособность органовъ этого права—шеф-

феновъ пользоваться имъ и развивать его соотвѣтственно потребностямъ болѣе развитой правовой жизни, слабость германскаго общественнаго организма, не дававшаго туземному праву какой либо опоры противъ элементовъ, заинтересованныхъ въ припятіи чужого права, спеціально противъ сословія ученыхъ юристовъ, часто связанныхъ придворными интересами; успѣху рецепціи содѣйствовали и техническія преимущества (§§ 38, 138 и сл.) чужого права.

§ 575.

Рецепція въ Германіи поощрялась еще тѣмъ представленіемъ, что «Римская Имперія Германской націи» по праву составляетъ продолженіе древней Римской Имперіи и что поэтому законы римскихъ императоровъ должны считаться дѣйствующими и въ Германіи; далѣе она поощрялась мнѣніемъ, будто бы римскимъ правомъ въ концѣ концовъ дается не только положительное право наряду съ другими положительными правами, но по существу *правильное* по отношенію къ вопросамъ юридической жизни, «ratio scripta» правового порядка жизни; наконецъ рецепціи содѣйствовало примѣненіе римскихъ правовыхъ опредѣленій вліятельными церковными судами и вообще приспособленіе исходящаго отъ церкви права къ праву римскому.

§ 576.

Также и право другихъ западныхъ народовъ въ большемъ или меньшемъ объемѣ восприняло составныя части римскаго права. Рецепція, хотя и не повсюду проведенная въ одинаковой мѣрѣ и одинаковымъ образомъ, всетаки является фактомъ, имѣющимъ общеисторическое значеніе. Она составляетъ звѣно въ цѣпи событій, при посредствѣ которыхъ духовная сила древности подчинила своему вліянію культурную жизнь современныхъ народовъ.

§ 577.

Несравненная цѣнность римскаго права въ дѣлѣ логическаго образованія и соотвѣтствующаго разсмотрѣнія многочисленныхъ группъ жизненныхъ отношеній дѣлаетъ его въ цѣломъ, въ исторіи развитія современнаго права, ферментомъ успѣха и обезпечиваетъ ему продолжительное значеніе также и въ тѣхъ областяхъ, гдѣ оно утратило свою практическую силу, какъ напримѣръ, въ Германіи со вступленіемъ въ силу Гражданскаго Уложенія.

Спеціально для Германіи рецепція ознаменовала собою успѣхъ въ дѣлѣ пріобрѣтенія единаго и развитаго съ технической стороны права.

§ 578.

Однако, рецепція въ Германіи была сопряжена одновременно съ крупнымъ вредомъ для національной жизни.

Къ этому вреду относится связанное съ рецепціею устраненіе нѣкоторыхъ цѣнныхъ составныхъ частей туземнаго права; часто неразумное и несправе-

дливое примѣненіе римскихъ правовыхъ положеній къ несоотвѣтствовавшимъ отношеніямъ, въ особенности примѣненіе его въ пользу сильныхъ въ государствѣ и обществѣ на счетъ слабыхъ; вредъ рецепціи заключался также въ поощреніи развитія правосудія въ томъ направленіи, въ которомъ оно все болѣе и болѣе утрачивало народный характеръ.

ТРЕТІЙ ОТДѢЛЪ

Вещное право

I. Собственность.

§ 579.

Между правами, выводимыми изъ права вещнаго (§ 536) и обезпечивающими непосредственное господство надъ вещами, важнѣйшее есть собственность. Она является типичнымъ образцомъ вещнаго права.

Прочія вещныя права группируются вокругъ собственности. Эти права можно разматривать отчасти, какъ господство, въ своемъ развитіи не достигающее высоты собственности, (§ 601 и сл.) отчасти, какъ господство, нормальнымъ образомъ входящее въ правовую мощь собственника, но вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ въ отдѣльныхъ случаяхъ изъ нея выдѣленное и получившее по отношенію къ ней самостоятельное существованіе (§ 612 и сл.).

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit 57 ff. Randa, Eigentumsrecht, 2. A. 93.

§ 580.

По своей тенденціи собственность надъ вещью, въ случаѣ возникновенія сомнѣній на счетъ ея природы, характеризуется какъ полное въ предѣлахъ опредѣленныхъ законныхъ границъ, (во времени и по содержанію) исключительное и безусловное правовое господство надъ вещью.

Разсмотримъ эту силу ближайшимъ образомъ въ отвлеченіи отъ границъ, указываемыхъ даннымъ опредѣленіемъ.

Въ литературѣ римскаго права собственность иногда опредѣляется, какъ „въ идеѣ неограниченная власть надъ вещью", и проводится тотъ взглядъ, что собственность, „какъ таковая", „неограничена". Когда однако сторонники этого взгляда говорятъ объ ограниченіяхъ власти собственника, хотя и въ различной степени, но существующихъ во всѣхъ системахъ права (спеціально въ римскомъ правѣ его сила особенно сильно выражена), то вмѣстѣ съ этимъ получается собственность, противорѣчащая своему понятію, т. е. получается безсмыслица. Безсмыслицы не избѣгнуть и въ томъ случаѣ, если сказать, что упомянутыя границы суть только границы *осуществленія*, а не границы самаго права; это потому, что по ту сторону названныхъ границъ, за собственникомъ не вездѣ признается правовая сила, вслѣдствіе чего понятіе его права, если таковое опредѣлять указаннымъ образомъ, по ту сторону установленныхъ границъ, обнимаетъ простое ничто.

Гражданское уложеніе Германской Имперіи полагаетъ собственности границы разнаго рода. Однако, въ своей редакціи оно отчасти выражаетъ только

что опровергнутое воззрѣніе, какъ будто дѣло въ настоящемъ случаѣ идетъ только о границахъ осуществленія права. Оно, напр., не допускаетъ осуществленія права въ томъ случаѣ, если цѣль его простое причиненіе вреда другому. Осуществленіе права однако не можетъ быть неправымъ! Поэтому въ дѣйствительности и здѣсь дѣло идетъ не о границахъ осуществленія, а о границахъ самаго права (въ особенности собственности).

§ 589.

Правовая сила собственника является въ своей области всеобъемлющей, поскольку она заключаетъ въ себѣ правомочіе владѣть вещью, пользоваться ею и наслаждаться, по усмотрѣнію подвергать ее фактическимъ воздѣйствіямъ и дѣлать относительно нея правовыя распоряженія безъ ограниченій во времени.

§ 582.

Эта сила представляется исключительной, поскольку она обнимаетъ правомочіе въ указанныхъ отношеніяхъ отстранять отъ вещи всѣхъ третьихъ лицъ.

Противъ всякаго, кто повреждаетъ имущество, собственникъ располагаетъ искомъ объ устраненіи этого поврежденія и прекращеніи дальнѣйшаго нарушенія (actio negatoria—искъ о свободѣ собственности).

§ 583.

Эта сила безусловна, т. е. она не зависитъ отъ существующихъ фактическихъ отношеній, спеціально отъ фактическаго обладанія вещью, и нѣтъ болѣе сильнаго права, которому собственность должна была-бы уступить.

Противъ владѣльца, удерживающаго вещь, собственникъ располагаетъ искомъ о выдачѣ ея (rei vindicatio „обыкновенный“ искъ о собственности). Ср. всетаки § 599 и сл.

§ 584.

Однако, собственнику указанная сила обезпечена только въ предѣлахъ границъ, проведенныхъ общими правилами права (§ 580).

Эти границы не при всѣхъ вещахъ одинаковы. Въ особенности въ отношеніи собственности на почву и землю установлены границы, не примѣнимыя къ собственности въ движимыхъ вещахъ.

§ 585.

Границы собственности зависятъ:

1) непосредственнымъ образомъ отъ болѣе общихъ государственныхъ и общественныхъ интересовъ,

2) отъ интересовъ сосѣдей,

3) отъ семейныхъ интересовъ опредѣленнаго рода.

§ 586.

1. Напр., ограниченіе собственности въ общихъ интересахъ можетъ заключаться въ томъ, что собственникъ земельныхъ участковъ при извѣ-

стныхъ условіяхъ обязанъ допустить на своей землѣ добываніе минераловъ, въ томъ, что на своихъ городскихъ участкахъ онъ обязанъ не совершать погребеній, при сооруженіи зданія на таковыхъ долженъ сообразоваться съ опредѣленіями строительнаго устава; въ тѣхъ же общественныхъ интересахъ смежные съ общественною рѣкою собственники должны сохранять бечевникъ.

На общественномъ же интересѣ зиждется также требованіе, чтобы высшій въ соціальномъ смыслѣ интересъ, въ случаѣ крайней необходимости, т. е. при опасности, при которой онъ не можетъ иначе сохраниться, сохранялся насчетъ такихъ интересовъ. (Напр., интересъ въ сохраненіи жизни на счетъ чужого имущества). Эта мысль нашла въ Гражданскомъ Уложеніи Германской Имперіи выраженіе въ томъ положеніи, что собственникъ „не можетъ воспретить воздѣйствія другого на его вещь, если то *необходимо* для отвращенія настоящей опасности и если грозящій вредъ по отношенію къ ущербу, возникающему для собственника, *несоразмѣрно* великъ". Сравни § 695.

§ 587.

2. Интересы сосѣдей при земельной собственности находятъ свое выраженіе въ томъ, что собственникъ не можетъ вредить сосѣдямъ *необычнымъ* пользованіемъ своею землею, или вообще существенно препятствовать пользованію со стороны собственниковъ имъ принадлежащими земельными участками.

§ 588.

3. Съ интересомъ сохраненія высокаго соціальнаго положенія за опредѣленными семьями находятся въ связи ограниченія, которымъ подлежитъ земельная собственность въ видѣ семейныхъ фидеикомисовъ и родовыхъ имѣній.

Именно, это суть имѣнія, которымъ, принимая во вниманіе указанный интересъ, дано признанное правомъ назначеніе переходить, безъ возможности отчужденія въ посторонніе руки, ко всѣмъ потомкамъ опредѣленнаго лица.

Регулированіе такихъ имуществъ Гражданское Уложеніе Германской имперіи предоставляетъ мѣстному праву. Для учрежденія фидеикомиссовъ и родовыхъ имѣній обыкновенно требуется соизволеніе государства.

§ 589.

Собственникъ имѣетъ выше упомянутую правовую власть надъ вещью лишь постольку, поскольку въ отдѣльномъ случаѣ не возникаетъ для нея ограниченій изъ договоровъ или изъ другихъ юридически важныхъ фактовъ или отношеній.

При посредствѣ подобныхъ фактовъ часть той силы въ формѣ ограниченныхъ вещныхъ правъ (§ 612) можетъ быть перенесена на другихъ лицъ.

Безъ разсмотрѣнія мы оставляемъ случаи распаденія права и его осуществленія и ограниченія, которымъ это осуществленіе подлежитъ. Относительно нихъ § 171 и сл.

§ 590.

Ограничивающіе факты однако должны быть вообще доказаны тѣмъ, кто на нихъ ссылается, и правовая сила собственника пополняется опять само собою, какъ только отпадаютъ ограничивающія права. Поэтому собственность «при сомнѣніи» и «по своей тенденціи» (§ 580) свободна отъ такихъ ограниченій.

Первое положеніе практически, впрочемъ, претерпѣваетъ въ Гражданскомъ Уложеніи Германской имперіи значительную модификацію въ виду предположенія существованія за опредѣленнымъ лицомъ права на данную вещь при владѣніи движимостью и при внесеніи имѣнія въ поземельныя книги, о чемъ см. § 611.

Болѣе формальная модификація классической природы собственности, ipso jure принимающей прежній видъ при устраненіи ограниченій, проявляется въ новѣйшемъ правѣ въ образѣ правъ на собственныя вещи, о чемъ см. § 612.

§ 591.

Собственникъ можетъ быть ограниченъ еще тѣмъ, что вещь бываетъ способна ему принадлежать только на общихъ основаніяхъ съ другими собственниками (общая собственность). Въ данномъ случаѣ собственникъ имѣетъ право свободно распоряжаться только своею долею собственности, говоря словами Гражданскаго Уложенія Германской Имперіи, своею «дробною долею»), между тѣмъ какъ относительно вещи въ цѣломъ онъ связанъ согласіемъ прочихъ совладѣльцевъ. За то ему принадлежитъ право во всякое время потребовать прекращенія общности имущества.

Германское право для опредѣленныхъ отношеній развило другой видъ общности, согласно которой отдѣленный участникъ не можетъ распоряжаться даже опредѣленною долею, что исключаетъ также частичный искъ. Гражданское Уложеніе предусматриваетъ такой видъ общности „во владѣніи общей рукой" (zur gesamten Hand—въ противоположность организованной римскимъ правомъ общности „по дробнымъ долямъ"); такая общность возникаетъ при имуществѣ договорнаго товарищества, въ имуществѣ супруговъ при условіи системы общности имуществъ (§ 712), и съ видоизмѣненіями—при сонаслѣдничествѣ (§ 726).

§ 592.

Собственность въ отдѣльной вещи для опредѣленнаго лица возникаетъ:

1. путемъ преемства (§ 205) ранѣе существовавшей собственности другого—*производнымъ пріобрѣтеніемъ собственности*.

Въ настоящемъ случаѣ собственность переходитъ къ пріобрѣтателю въ томъ видѣ, въ какомъ она существовала у предшественника (творца ея);

2) безъ преемства права другого — *первоначальнымъ пріобрѣтеніемъ*.

§ 593.

1) Главные виды производнаго пріобрѣтенія суть:

а) пріобрѣтеніе inter vivos посредствомъ передачи (традиція) вещи

по договору прежнимъ собственникомъ въ господство пріобрѣтателя, съ желаніемъ со стороны перваго: передать собственность, со стороны послѣдняго—пріобрѣсти собственность.

b) пріобрѣтеніе путемъ наслѣдованія. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem und österreichischem Recht, 67. (см. наслѣдственное право).

§ 594.

При переходѣ недвижимости, согласно Гражданскому Уложенію Германской Имперіи—какъ это уже и раньше существовало въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствахъ, въ особенности по прусскому закону 5 мая 1872 г. о пріобрѣтеніи въ собственность земельныхъ участковъ—мѣсто передачи заступаетъ переписка собственности на имя пріобрѣтателя въ общественныхъ книгахъ, книгахъ поземельныхъ имѣній; для дѣйствительнаго перехода собственности отмѣтка о передачѣ таковой необходимо должна присоединяться къ соглашенію о томъ сторонъ («запись имущества на имя пріобрѣтателя въ учрежденіи соотвѣтствующаго вѣдомства»).

Этотъ „принципъ занесенія въ книги“ въ гражданскомъ Уложеніи Германской имперіи проведенъ для исполненій всѣхъ измѣненій вещнаго положенія земельныхъ участковъ (основанія, измѣненія, устраненія вещныхъ правъ § 536). Наряду съ Гражданскимъ Уложеніемъ Германской Имперіи въ томъ же духѣ составленъ Уставъ Имперскаго веденія земельныхъ книгъ 24 марта 1897 г.

§ 595.

2) Первоначальное пріобрѣтеніе собственности можетъ имѣть мѣсто:

a) въ свободныхъ до сихъ поръ отъ собственности вещахъ,

b) въ вещахъ, впервые возникшихъ,

c) съ устраненіемъ собственности, ранѣе существовавшей въ данныхъ вещахъ.

§ 596.

a) Надъ свободными отъ права собственности вещами собственность пріобрѣтается вообще тѣмъ, что завладѣвающій подчиняетъ ихъ своему фактическому господству съ волею, направленною на такое пріобрѣтеніе (присвоеніе).

При этомъ здѣсь предполагается, что не существуетъ исключительнаго права на присвоеніе данной вещи другимъ лицамъ (выше § 539), или что присвоеніе не запрещено закономъ. Къ присвоенію земельнаго участка казною (§ 539) должно также присоединиться занесеніе владѣнія въ установленныя книги.

§ 597.

b) Собственникъ плодоприносящей вещи пріобрѣтаетъ собственность надъ плодами, отдѣляющимися отъ нея сами собою, въ силу опредѣленія закона. Если-же плодоприносящая вещь находится во владѣніи третьяго лица, добросовѣстно считающаго себя собственникомъ (bonae fidei possessor), то та-

новое лицо пріобрѣтаетъ право собственности надъ плодами съ момента ихъ отдѣленія.

§ 598.

c) Устраненіемъ прежней собственности можетъ быть пріобрѣтена при извѣстныхъ предположеніяхъ собственность посредствомъ добросовѣстнаго многолѣтняго владѣнія вещью, т. е. путемъ давности (о чемъ § 608 и сл.); далѣе то же явленіе можетъ возникнуть вслѣдствіе переработки чужаго матеріала въ новую движимую вещь (спецификація) или посредствомъ такого соединенія чужой вещи съ собственною, что первая съ тѣхъ поръ является существенною составною частью послѣдней.

§ 599.

По римскому праву путемъ традиціи (согласно § 593) вещь могла быть пріобрѣтена въ собственность только въ случаѣ передачи ея истиннымъ собственникомъ, иначе собственникъ могъ всегда истребовать свою вещь отъ владѣльца въ силу права собственности. Древнее германское право, напротивъ, предоставляло прежнему владѣльцу, при недобровольной утратѣ владѣнія, право иска противъ всякаго третьяго лица; при добровольномъ же оставленіи владѣнія оно отсылало владѣльца къ тому, кому вещь была ввѣрена и отказывало въ преслѣдованіи позднѣйшаго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. («Гдѣ ты оставилъ свое довѣріе, тамъ и долженъ его искать».—«Рука бережетъ руку»).

Въ согласіи съ этимъ старымъ германскимъ правовымъ воззрѣніемъ уже по прежнему германскому торговому уложенію тотъ добросовѣстный пріобрѣтатель, которому движимая вещь была отчуждена и передана купцомъ въ его торговомъ оборотѣ, пріобрѣталъ ее въ собственность, хотя бы даже отчуждающій вовсе не былъ-бы собственникомъ, но при томъ предположеніи, что вещь не украдена у истиннаго собственника или не утеряна имъ.

Гражданское Уложеніе Германской Имперіи возвело этотъ германскій правовой принципъ въ общее правило, предоставляя всякому добросовѣстному пріобрѣтателю движимыхъ вещей вмѣстѣ съ передачею собственность на нихъ даже въ случаѣ отчужденія ихъ несобственникомъ, если только вещь не была утрачена собственникомъ помимо его воли. (Гражданское Уложеніе 932, 35). Съ пріобрѣтеніемъ собственности добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ и здѣсь также вытѣсняется прежняя собственность.

Въ подобныхъ случаяхъ нѣтъ „производнаго“ пріобрѣтенія, потому что и теперь имѣетъ силу римское положеніе nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet; скорѣе при этихъ условіяхъ на основаніи добросовѣстно достигнутаго владѣнія получается новое первоначальное пріобрѣтеніе собственности. Поэтому въ такихъ случаяхъ собственность переходитъ на пріобрѣтателя не въ томъ видѣ, какъ она существовала у прежняго собственника (см. § 592, стр. 1); новый собственникъ пріобрѣтаетъ вещь въ томъ правовомъ положеніи, которое ему было извѣстно въ моментъ пріобрѣтенія. (Поэтому погашается, напр., неизвѣстное ему пріобрѣтателю право заклада въ отношеніи вещей со стороны третьихъ лицъ).

Но вмѣстѣ съ тѣмъ законъ не могъ, очевидно, ставить лицо пріобрѣвшее вещь отъ несобственника, въ положеніе болѣе благопріятное, чѣмъ лицо, пріобрѣтающее отъ дѣйствительнаго собственника; поэтому законъ долженъ былъ предписать также въ послѣднемъ нормальномъ случаѣ погашеніе неизвѣстныхъ пріобрѣтателю правъ третьихъ лицъ на вещь. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что по Гражданскому Уложенію при движимыхъ вещахъ, строго говоря, вообще не встрѣчается болѣе производнаго пріобрѣтенія собственности, согласно § 592. Циф. 1.

§ 600.

Подобнымъ же образомъ въ Гражданскомъ Уложеніи также и пріобрѣтеніе недвижимой земельной собственности добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ поставлено внѣ независимости отъ правъ собственности отчуждающаго лица; допускается это съ тѣмъ однако условіемъ, что добросовѣстность должна опираться на содержаніе поземельныхъ книгъ: если кто нибудь, довѣряя книгамъ, переведетъ земельный участокъ со значащагося въ поземельной книгѣ собственника на себя, то законъ въ защиту таковаго владѣльца считаетъ содержаніе книги правильнымъ, потому что для обезпеченности гражданскаго оборота важно, чтобы общество могло полагаться на правильность поземельныхъ книгъ. (Принципъ *«общественнаго довѣрія» къ поземельной книгѣ*, Уложеніе 892).

Слѣдовательно, добросовѣстный пріобрѣтатель (совершившій требуемую запись согласно § 594) дѣлается собственникомъ, если даже отчуждающее лицо было внесено въ книгу неправильно и въ дѣйствительности (въ виду ошибочнаго занесенія его въ книгу и слѣдующей отсюда недѣйствительности записи) вообще не являлось собственникомъ имущества; прежняя собственность однако въ такомъ случаѣ также вытѣсняется.

Прежнему собственнику остается въ качествѣ несовершеннаго возмѣщенія потери собственности только личное право требованія (§ 638 и сл.) выдачи суммы, въ размѣрѣ которой послѣдовало несправедливое обогащеніе или (при наличности соотвѣтствующихъ предположеній) былъ причиненъ ущербъ.

II. Владѣніе.

§ 601.

Господство лица надъ вещью можетъ получить правовое значеніе также и при такихъ отношеніяхъ, когда оно не доказываетъ своего права собственности на вещь, даже вообще ничего не можетъ привести въ пользу этого господства, кромѣ факта его существованія въ данное время.

Примѣръ: кто-нибудь владѣетъ вещью, недавно найденною или, неизвѣстно кѣмъ, у него забытою. Здѣсь въ пользу господства надъ вещью нельзя сослаться на его возникновеніе, такъ какъ послѣднее не можетъ придать первому правоваго характера; можно привести только голый фактъ его существованія. Тѣмъ не менѣе въ пользу такого состоянія можетъ быть призвано содѣйствіе права. v. Savigny, Das Recht des Besitzes 1803, 7. A. bes. v. Rudorff 65. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter u. in d. Gegenwart 48; онъ-же, Die Besitzklagen des römischen u. heut. Rechts 74. Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Huber, Bedeutung der Gewere im

d. Sachenrecht 94. Randa, Besitz nach österreich. Recht, 4. A. 95. v. Canstein, Das Recht des B. въ Grünhuts Zeitschr. V 719, VI 122. v. Ihering, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, eine Revision der Lehre vom Besitz, 2 A. 69. онъ-же Der Besitzwille 89; онъ-же въ его Jahrb. XXXII S. 41. Meischeider, Besitz u. Besitzesschutz 76. J. J. Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern 80; онъ-же in Iherings Jahrb. XXX, XXXIV. Goldschmidt in der Festgabe der Berliner Fakultät fur Gneist 88. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach B. 97. Strohal, Der Sachbesitz nach B. 97.

§ 602.

При извѣстныхъ условіяхъ право возлагаетъ на третьихъ лицъ обязанность уважать вышеупомянутое господство; для защиты послѣдняго противъ самовольныхъ нарушеній, а также для пріобрѣтенія его вновь, право предоставляетъ своеобразныя средства охраны (право самопомощи свыше предѣловъ, указанныхъ въ § 170, и особые «владѣльческіе иски»); право далѣе, при возникновеніи охраняемаго господства въ его собственномъ смыслѣ, рѣшаетъ вопросъ, когда это господство можетъ считаться устраненнымъ, и, наконецъ, подвергаетъ его такой индивидуализирующей обработкѣ, въ родѣ указанной въ § 151 и сл., при которой фактическое господство, пріобрѣтаетъ признаки, (хотя и несовершенные), субъективнаго права.

Представляетъ ли собою владѣніе право, есть старый спорный вопросъ, находящійся въ связи со споромъ объ ограниченіи субъективнаго права вообще, о чемъ см. § 158. Что владѣніе не есть „простой фактъ", доказывается въ особенности ясно его выраженной въ Гражданскомъ Уложеніи наслѣдственностью, внѣ условія достиженіе фактической власти со стороны наслѣдника.

§ 603.

Отъ владѣнія отличается несамостоятельное обладаніе вещью, которое право не нашло повода превратить въ предметъ самостоятельной охраны и индивидуализированной частноправовой обработки.

Въ смыслѣ римскаго права здѣсь говорится о простой «detentio» (alieno nomine) въ противоположность къ «possessio» или (по общеюридической доктринѣ) «юридическому владѣнію».

Границы, проведенныя въ римскомъ правѣ между possessio и простой detentio, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ нельзя обосновать принципіально, но можно объяснить лишь исторически изъ соціальныхъ отношеній. Такъ напр., иначе нельзя понять то явленіе, что у арендатора земельнаго участка, у нанимателя жилища предполагалось только detentio. Напротивъ, большинство партикулярныхъ правъ за названными лицами, равно какъ и за другими на себя пользующимися обладателями, въ противоположность только „довѣреннымъ" признавало право владѣнія.

§ 604.

Гражданское Уложеніе признаетъ вообще всякое самостоятельное обладаніе вещью «владѣніемъ». Противоположность составляютъ такія отношенія, гдѣ кто-либо осуществляетъ за другого фактическую власть надъ вещью въ зависимости отъ его указаній.

Въ литературѣ къ Гражданскому Уложенію для такихъ несамостоятельныхъ обладателей вкоренилось опредѣленіе ихъ въ качествѣ простыхъ «слугъ владѣнія» или «помощниковъ владѣнія», между тѣмъ какъ владѣльцемъ здѣсь является только тотъ, чьимъ указаніямъ относительно вещи другой долженъ повиноваться

Сюда же относится тотъ случай, когда прислуга или прикащикъ при исполненіи порученныхъ имъ дѣлъ имѣютъ на рукахъ вещи господъ или хозяина, когда книги книгопродавцемъ отданы разсыльному для передачи покупателямъ.

§ 605.

Владѣлецъ можетъ владѣть вещью какъ собственною, съ «animus domini» въ качествѣ «владѣльца—собственника» (при чемъ его добросовѣстность не имѣетъ никакого значенія,—воръ также владѣлецъ-собственникъ)—или какъ вещью чужою, по отношенію которой однако онъ одновременно имѣетъ право на извѣстное господство (въ качествѣ владѣльца чужой вещи), напр., въ качествѣ вѣрителя по залогу, въ качествѣ лица, имѣющаго право пользованія, съ извѣстной самостоятельностью, въ качествѣ нанимателя, заемщика, хранителя.

Однако, на время владѣнія такого владѣльца чужою вещью закладчикъ и ему подобн. не теряютъ своего владѣнія, т. к. первый фактически признаетъ чужое господство сверхъ своего собственнаго. Слѣдовательно, здѣсь имѣется нѣсколько владѣній по отношенію той же самой вещи: вѣритель по залогу и ему подоб. имѣютъ свое «непосредственное« владѣніе, и въ то-же время являются связующимъ звѣномъ по отношенію владѣнія закладчика, какъ «посредственнаго» владѣльца (или высшаго владѣльца).

§ 606.

Правовая сила, заключающаяся во владѣніи, ограничена. Вообще она зависитъ отъ фактическаго существованія господства и должна уступать лучше обоснованнымъ правамъ на вещь.

Но она можетъ возрастать въ соотношеніи съ фактами, придающими фактическому господству въ смыслѣ права высшую цѣнность.

§ 607.

Такъ, римское право предоставляло широкую защиту владѣльцу, имѣвшему возможность въ пользу своего господства привести то обстоятельство, что пріобрѣтеніе его было добросовѣстнымъ и состоялось на основаніи титула, пригоднаго для пріобрѣтенія собственности (напр. посредствомъ купли отъ предполагаемаго собственника). Въ этомъ случаѣ право владѣльца дѣлалось независимымъ отъ дальнѣйшаго существованія фактическаго отношенія господства: если вещь подпадала господству посторонняго лица, то господство владѣльца могло проявить силу противъ таковаго (посредствомъ a. Publiciana), развѣ только это постороннее лицо въ свою очередь могло доказать въ пользу своего господства факты одинаковаго значенія.

По Гражданскому Уложенію пріобрѣтатель въ указанномъ случаѣ въ общемъ порядкѣ дѣлается собственникомъ (§ 599 и сл.) и имѣетъ, слѣдовательно, право иска на защиту собственности. Независимо отъ вопроса о собственности Гражданское Уложеніе при владѣніи движимостями предоставляется прежнему владѣльцу въ случаѣ недобровольной утраты искъ противъ владѣльца владѣющаго на худшемъ правѣ; этотъ искъ, иначе (нежели при a. Publiciana), присвоивается всякому добросовѣстному прежнему владѣльцу независимо отъ титула его владѣнія.

§ 608.

Если владѣніе, возникшее согласно § 607 абз. 1, удерживалось въ теченіе опредѣленнаго времени, то, по римскому праву, оно превращалось въ собственность (пріобрѣтеніе собственности посредствомъ давности, § 598). Таковое явленіе имѣло мѣсто одинаковымъ образомъ, какъ при движимостяхъ, такъ при недвижимостяхъ, только сроки, рѣшавшіе вопросъ подобнаго пріобрѣтенія, были опредѣлены различно.

Если владѣлецъ при пріобрѣтеніи собственности могъ сослаться только на свою добросовѣстность, а не (какъ въ предположенномъ выше случаѣ) на факты, обосновывающіе такое пріобрѣтеніе, то этотъ недостатокъ въ «титулѣ» должна была изгладить большая продолжительность владѣнія («чрезвычайная» давность въ противоположность «обыкновенной»).

§ 609.

Въ Гражданскомъ Уложеніи давность играетъ лишь незначительную роль.

Въ отношеніи земельныхъ участковъ для давности нѣтъ вообще болѣе мѣста въ виду системы записей имѣній въ соотвѣтствующіе документы и принципа общественнаго довѣрія къ поземельнымъ книгамъ. Если только владѣніе земельнымъ участкомъ соединено съ обозначеніемъ владѣльца въ качествѣ собственника въ теченіе 30 лѣтъ, тогда эта «давность по табелямъ» ведетъ къ пріобрѣтенію собственности и при томъ помимо того, чтобы во вниманіе принималась добросовѣстность владѣвшаго.

Также и относительно движимостей давность имѣетъ лишь ограниченную область примѣненія, такъ какъ Гражданское Уложеніе въ интересахъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя допускаетъ возникновеніе собственности непосредственно съ передачею, несмотря на отсутствіе права собственности у отчуждающаго.

Возможность овладѣнія по давности остается главнымъ образомъ для такихъ случаевъ, гдѣ вещь утрачена собственникомъ помимо его воли и гдѣ поэтому несмотря на добросовѣстность пріобрѣтателя, немедленное пріобрѣтеніе собственности отсутствуетъ (§ 599). Согласно этому, поскольку давность еще встрѣчается по отношенію владѣнія движимыми вещами, она не требуетъ болѣе доказательствъ въ обладаніи титуломъ, но только добросовѣстность владѣльца и десятилѣтнюю продолжительность его собственнаго владѣнія.

§ 610.

Въ предѣлахъ упроченнаго правового состоянія вѣроятность говоритъ за то, что фактическое господство, если въ короткій срокъ не можетъ быть доказана его неправомѣрность, коренится въ благопріобрѣтенномъ правѣ. Охрана, предоставляемая этому господству относительно самовольныхъ нарушеній, въ большинствѣ случаевъ также служитъ на пользу правообладателю (въ особенности собственнику). При таковыхъ нарушеніяхъ она освобождаетъ владѣльца отъ необходимости доказыванія права собственности, доказыванья часто затруднительнаго и дорого стоющаго, часто даже сдѣлавшагося невозможнымъ вслѣдствіе утраты доказательствъ.

Право владѣнія, выражаясь картинно, является элементомъ укрѣпленія собственности, выдвинутымъ впередъ фортомъ, препятствующимъ нападающему развернуться въ угрожающей близости. Что этимъ однако не исчерпывается все его значеніе, видно изъ сказаннаго въ §§ 221 и сл.

§ 611.

Въ отношеніи движимости это фактическое предположеніе (Гражданское Уложеніе возвело его въ юридическое, признавая владѣльца впредь до доказательства противнаго собственникомъ или обладателемъ права, на которое онъ заявляетъ притязаніе (объ этомъ правѣ въ § 612). (Однако, это предположеніе не имѣетъ силы относительно прежняго владѣльца, который докажетъ свою недобровольную утрату владѣнія).

За то при земельныхъ имуществахъ значеніе владѣнія теперь ослаблено значеніемъ, придаваемымъ занесенію имѣнія въ книгу. Если въ поземельной книгѣ за кѣмъ нибудь записано опредѣленное право, то до момента удостовѣренія противнаго предполагается, что таковое ему дѣйствительно принадлежитъ. Съ этимъ занесеніемъ въ книгу, слѣдовательно, соединяется соотвѣтствующее предположеніе совпаденія записи съ истиннымъ правовымъ положеніемъ, которое у движимостей связывается съ владѣніемъ вещью.

III. Ограниченныя вещныя права.

§ 612.

Къ собственности примыкаютъ права, представляющія только ограниченное, но тѣмъ не менѣе всестороннее и безусловно защищенное господство надъ вещью.

По римскому воззрѣнію такія права были только правами въ чужой вещи, т.-е. были возможны въ вещи, находящейся въ собственности другого—отсюда названіе ихъ «jura in re aliena»; поэтому названныя права должны были по необходимости исчезать при сліяніи съ правомъ собственности.

Новѣйшее развитіе права въ Гражданскомъ Уложеніи повело къ

обратному положенію, что эти права, несмотря на ихъ соединеніе съ собственностью въ томъ-же самомъ лицѣ, могутъ продолжать свое существованіе. Съ точки зрѣнія Гражданскаго Уложенія можно поэтому говорить только объ «ограниченныхъ вещныхъ правахъ». Послѣднія раздѣляются на права пользованія въ тѣсномъ смыслѣ и права обезпеченія, технически—закладное право.

Спеціально о значеніи „гипотеки собственника" см. § 637. О принципѣ занесенія въ книги, поскольку эти права имѣютъ своимъ предметомъ земельные участки, см. § 594. Добросовѣстный пріобрѣтатель принципіально встрѣчаетъ при этихъ правахъ соотвѣтствующую защиту также, какъ и при собственности, § 599 и сл.

1. Права пользованія.

§ 613.

Права пользованія въ тѣсномъ смыслѣ имѣютъ предметомъ употребленіе или пользованіе вещью (извлеченіе плодовъ) или то и другое вмѣстѣ. Отчасти въ этихъ отношеніяхъ они исключаютъ собственника, отчасти его только ограничиваютъ.

Важнѣйшій для настоящаго времени видъ этихъ правъ пользованія заключается въ сервитутахъ или служебностяхъ [1]).

Schünemann, Die Servituten 66. Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht. Archiv f. zivil. Praxis Bd. 87.

§ 614.

Сервитуты суть вещныя права пользованія, неразрывно связанныя съ опредѣленнымъ субъектомъ, и, слѣдовательно, не могущія быть перенесенными на другихъ субъектовъ ни посредствомъ отчужденія, ни путемъ наслѣдованія.

§ 615.

Субъектъ, съ которымъ связанъ сервитутъ, можетъ быть человѣкомъ, опредѣленнымъ индивидуально. (Личные сервитуты).

При другихъ сервитутахъ правообладающій субъектъ дается въ собственникѣ опредѣленнаго земельнаго участка, какъ таковомъ. (Реальные сервитуты или земельныя служебности).

§ 616.

Между *личными сервитутами* по значенію своему впереди стоитъ узуфруктъ (ususfructus). Онъ обнимаетъ всякое употребленіе и пользованіе движимою или недвижимою вещью, при чемъ только должны быть сохранены субстанція и назначеніе послѣдней. Узуфруктъ впрочемъ распространяется также и на другіе имущественные объекты, кромѣ вещей,

---

[1]) Права участія частнаго, по терминологіи русскаго права. *Ред.*

(напр., права требованія). Важную область примѣненія онъ имѣетъ въ предѣлахъ семейныхъ отношеній.

Примѣръ: пережившая мужа жена предсмертнымъ распоряженіемъ (§ 735) получаетъ узуфруктъ въ имѣніи умершаго мужа, тогда какъ собственность на имѣніе переходитъ по законному праву наслѣдованія (§ 731) къ дѣтямъ покойнаго.

§ 617.

Личные сервитуты могутъ быть также ограничены отдѣльными пользованіями или мѣрою личной потребности правообладателя.

§ 618.

Земельные сервитуты касаются отношеній сосѣднихъ земельныхъ участковъ другъ къ другу. Они ограничиваютъ собственника одного («служащаго») земельнаго участка въ пользу другого («господствующаго») въ интересахъ совершеннаго использованія имущества.

Ограниченіе собственника служащаго земельнаго участка заключается или въ томъ, что онъ долженъ допускать извѣстныя дѣйствія собственника господствующаго, или въ томъ, что онъ не долженъ совершать извѣстныхъ дѣйствій, къ которымъ самъ по себѣ онъ, въ качествѣ собственника, управомоченъ. Напротивъ, „servitus in faciendo (scil. со стороны собственника служащаго на пользу господствующаго земельнаго участка) consistere nequit“.

§ 619.

Сюда относится сервитутъ собственника земельнаго участка ходить по полю сосѣда, ѣхать верхомъ или въ экипажѣ; сервитутъ домовладѣльца пользоваться стѣною сосѣда, какъ опорою; сервитутъ, въ силу котораго домовладѣлецъ можетъ воспретить сосѣду строиться выше, (serv. altius non tollendi).

§ 620.

Права пользованія, которыя, въ противоположность сервитутамъ, могутъ быть переносимы отъ первоначальнаго правообладателя на другихъ, путемъ-ли наслѣдованія, или также посредствомъ отчужденія при жизни владѣльца, получили существенное развитіе по отношенію къ земельнымъ участкамъ и именно въ томъ смыслѣ, что они по большей части, подобно узуфрукту, вполнѣ обнимаютъ употребленіе и пользованіе имуществомъ.

§ 621.

Сюда относится *наслѣдственная аренда*, извѣстная какъ туземному праву и притомъ въ различныхъ формахъ, такъ и римскому праву (въ видѣ эмфитевзиса).

Эта аренда косвенно ограничиваетъ собственника въ пользованіи своею собственностью при посредствѣ опредѣленныхъ дѣйствій наслѣдственнаго арендатора

Гражданскимъ Уложеніемъ она не принята, какъ не соотвѣтствующая болѣе нашимъ хозяйственнымъ условіямъ, однако опредѣленія мѣстнаго права о ней все таки сохранились.

§ 622.

За то въ Гражданскомъ Уложеніи нормировано *наслѣдственное право строенія* (римское superficies), т. е. наслѣдственное и отчуждаемое право имѣть строеніе на чужой землѣ. Обладатель наслѣдственнаго права строенія соединяетъ въ себѣ въ хозяйственномъ отношеніи власть собственника.

Извѣстный примѣръ наслѣдственнаго права строенія представляетъ учрежденіе Кролля въ Берлинскомъ Тиргартенѣ.

§ 623.

Далѣе наслѣдственнымъ правомъ пользованія является *ленъ*. Объемъ, въ которомъ онъ прямо поглотилъ практическое содержаніе собственности, прежде часто (въ литературѣ, отчасти и въ законодательствѣ) побуждалъ считать его даже за видъ собственности («низшая собственность», dominium utile, въ противоположность «высшей собственности», d. directum; теорія «раздѣленной» собственности).

По отношенію къ другимъ наслѣдственнымъ правамъ пользованія для лена характерно по преимуществу личное отношеніе вѣрности, существующее между собственникомъ, какъ «леннымъ властителемъ», и имѣющимъ право пользованія, какъ «*васалломъ*». Болѣе широкая обязанность вѣрности заключала въ себѣ первоначально рыцарскую и воинскую повинности, что имѣло значеніе для правового образованія института.

§ 624.

Ленное право, въ отклоненіе отъ прочихъ наслѣдственныхъ правъ пользованія, не имѣетъ своимъ предметомъ необходимо земельные участки, но вообще вещи; могутъ быть даны въ ленъ также права частноправовой или публичноправовой природы.

§ 625.

По своему развитію и историческому значенію разсматриваемое право принадлежитъ къ той эпохѣ, когда публичноправовыя и частноправовыя отношенія въ народномъ воззрѣніи и практикѣ правовой жизни рѣзко не различались, и тамъ, гдѣ по своему предмету ленное право еще не принадлежитъ къ публичному праву, въ образованіи отношеніе между леннымъ властелиномъ и васаллами оно обнаруживаетъ публичноправовую сторону.

Во время процвѣтанія леннаго быта господство государства надъ землею и людьми осуществлялось преимущественно въ ленныхъ формахъ.

§ 626.

Въ настоящее время ленное право утратило свое существенное практическое значеніе. Современное законодательство вообще воспретило учрежденіе новыхъ леновъ и большую часть существовавшихъ «аллодифициро-

вало», т.-е. сдѣлало ленныхъ владѣльцевъ имѣющими право пользованія собственниками.

Остатки леннаго быта въ мѣстномъ правѣ В. не затрогиваются.

§ 627.

Особое положеніе защищаетъ германскій правовой институтъ *реальной тягости,* (Reallast) содержаніе котораго составляютъ (въ противоположность къ земельной служебности § 618) вытекающія изъ владѣнія опредѣленной землею повторяемыя, положительныя дѣйствія: въ современномъ правѣ по большей частью денежные взносы (денежная рента), прежде преимущественно взносы натурою («десятина») или трудъ («барщина»).

При томъ своеобразнымъ образомъ съ вещнымъ обремененіемъ, земельнаго участка связывается личное обязательство собственника въ отношеніи дѣйствій подлежащихъ выполненію за время пребыванія его собственникомъ.

Въ средніе вѣка въ Германіи дѣйствія, основанныя на реальномъ отягченіи земли, играли большую роль, какъ въ частномъ оборотѣ, такъ и въ особенности въ публичныхъ отношеніяхъ. Въ XIX столѣтіи, напротивъ, стремились къ сложенію тягла съ крестьянскаго земельнаго владѣнія (прусскій законъ отъ 2 марта 1850 г.). Въ новѣйшее время высказывается стремленіе при посредствѣ реальнаго тягла содѣйствовать оживленію средняго крестьянскаго сословія въ опредѣленныхъ формахъ. (Прусское законодательство объ имѣніяхъ—рентахъ 1890 г. и сл.). Гражданское Уложеніе, хотя и регулируетъ ихъ, но ограничивается возможными запретами мѣстнаго права (напр. въ Баденѣ).

Stobbe—Lehmann, Handb. d. d. Privatr. II, § 137 и сл., 195 и сл.

§ 628.

Въ области большинства правъ пользованія старому общему и партикулярному праву было извѣстно нѣкоторое право, аналогичное владѣнію; особенностью являлось въ данномъ случаѣ то обстоятельсто, что фактическое осуществленіе господства, соотвѣтствующаго одному изъ таковыхъ правъ, (въ качествѣ такъ-называемаго «юридическаго владѣнія», juris quasi posessio), было сопряжено съ неполными юридическими послѣдствіями, подобнымъ-же образомъ, какъ и вышеупомянутое «владѣніе вещью».

По правиламъ Гражданскаго Уложенія, для понятія владѣнія правами осталось мѣсто только по отношенію осуществленія поземельныхъ сервитутовъ, такъ какъ осуществленіе такихъ правъ надъ вещью, когда эти права связаны съ владѣніемъ ею (узуфруктъ, наслѣдственное право строенія, также закладное право, см. ниже) подходятъ подъ общее, широкое понятіе владѣнія (§ 605).

2. Закладное право.

§ 629.

Вещи различнымъ образомъ могутъ обезпечивать вѣрителя въ отношеніи его удовлетворенія. Главный случай подобнаго положенія тотъ,

когда чужая вещь служащая обезпеченіемъ «заложена» у вѣрителя, т.-е. когда въ отношеніи данной вещи установлено «закладное право», обезпечивающее требованіе закладопринимателя.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den grundsätzen des heutigen römischen Rechts 60, 64. Sohm, Lehre vom subpignus 64. Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte 67. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach röm. Recht 73. Pfaff, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, въ Grünhuts Zeitschr. I, 41. Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der grösseren deutschen Staaten system. dargestlt, herausg. von Meibom seit 71. Kohler, Pfandrechtl. Forschungen 82. Hachenburg, Beitr. zum Hypothekenrecht (des 2. Entw. des B.) 95. Mittelstein, Hypothekenrecht 98. Demelius, Pfandrecht an bewegl. Sachen nach österr. Recht unter Berücks. des B. 98. v. Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts 99.

§ 630.

Закладное право есть вещное право пользованія имущественнымъ объектомъ (къ вещамъ въ данномъ случаѣ, какъ и при узуфруктѣ, приравниваются и другіе имущественные объекты) въ пользу требованія.

При томъ, поскольку дѣло касается вещей, нужно преимущественно подразумѣвать продажу таковыхъ съ цѣлью удовлетворенія вѣрителя изъ вырученнаго, если его требованіе не было своевременно удовлетворено должникомъ.

§ 631.

Переходъ собственности надъ заложенную вещью отъ должника къ другому лицу не касается существованія и дѣйствія закладнаго права, какъ права вещнаго.

§ 632.

По римскому праву закладное право существовало только ради требованія, къ которому оно присоединялось, какъ средство обезпеченія, и потому въ своемъ возникновеніи и дальнѣйшемъ существованіи зависѣло отъ него. Въ особенности оно по необходимости изчезало, какъ скоро вѣритель достигалъ удовлетворенія своего требованія.

Относительно движимостей современное право удержало эту связь закладнаго права съ требованіемъ.

§ 633.

Напротивъ, въ отношеніи земельныхъ участковъ нѣкоторыя партикулярныя права (Мекленбургъ, цитированный прусскій законъ отъ 1872 г.), примыкая къ древнѣйшему германскому праву, наряду съ закладнымъ правомъ, какъ принадлежностью («*ипотекою*»), знали самостоятельное обремененіе имущества залоговымъ правомъ безъ зависимости послѣдняго отъ требованія: *земельный долгъ*.

Гражданское Уложеніе приняло обѣ формы залоговаго права земельныхъ имуществъ.

Однако, при ипотекѣ оно также значительно ослабило связь залога

съ требованіемъ, подлежащимъ обезпеченію. Такъ, оно не допускаетъ болѣе при удовлетвореніи или иномъ погашеніи требованія исчезновенія вмѣстѣ съ этимъ и ипотеки, которая переходитъ отъ вѣрителя къ земельному собственнику, дѣлаясь «ипотекою собственника» (см. § 637).

§ 634.

Въ пользу нѣкоторыхъ требованій непосредственно закономъ установлено закладное право на извѣстные предметы.

Такъ, по римскому праву, какъ и по Гражданскому Уложенію, внесенная мебель нанимателя въ силу закона отвѣчаетъ предъ отдающимъ въ наймы жилище за правильный взносъ наемной платы; точно также содержателю гостинницы по его требованіямъ отвѣчаютъ вещи гостя.

Важныя законныя закладныя права предоставляетъ также Торговое Уложеніе (напр. въ пользу везущаго грузъ).

§ 635.

Во главѣ прочихъ видовъ установленій залога стоитъ договоръ. Но въ современномъ правѣ въ отношеніи залога движимаго и недвижимаго имущества аналогичнымъ образомъ, какъ и въ отношеніи пріобрѣтенія собственности, существуютъ различные принципы.

Въ движимыхъ вещахъ современное право (въ противоположность къ римскому) знаетъ только «закладъ», при которомъ объектъ заклада передается во владѣніе вѣрителя («въ его руки»), и этимъ въ тоже время обнаруживается заложенность вещи.

§ 636.

Напротивъ, возникновеніе закладнаго права на земельные участки по современному праву зависитъ отъ занесенія его въ опредѣленныя публичныя книги: по партикулярному праву отчасти въ особыя «ипотечныя книги», теперь-же по Гражданскому Уложенію въ «поземельныя книги», въ которыя заносятся также какъ перемѣны собственности такъ и принципіально всѣ вещныя правовыя измѣненія недвижимости (§§ 594, 612).

Этимъ предоставляется возможность всегда надежнымъ образомъ установить, обремененъ ли уже поземельный участокъ, (который хотятъ купить или подъ залогъ котораго желаютъ дать въ займы).

Слѣдовательно, при пріобрѣтеніи залогового права на недвижимость занесеніе данныхъ о залогѣ въ книги имѣетъ такое же параллельное значеніе, какъ при пріобрѣтеніи собственности движимости передача ея съ рукъ на руки.

§ 637.

Въ отношеніи одного и того же земельнаго участка можетъ возникнуть нѣсколько залоговыхъ требованій, въ этомъ случаѣ подчиняющихся очереди. При этомъ вообще прежде занесенное въ книгу залоговое право предшествуетъ позже занесенному (prior tempore, potior jure) такимъ образомъ послѣднее охватываетъ только ту цѣнность вещи, которая остается свободною отъ перваго.

Изъ установленія очереди слѣдуетъ, что устраненіе предъидущаго закладного права должно было бы служить въ пользу послѣдующаго. Но тутъ-то и выступаетъ практическое значеніе „ипотеки собственника“ (§ 633); именно, сохраненіе ипотечнаго права въ рукахъ собственника, несмотря на погашеніе требованія, препятствуетъ передвиженію послѣдующихъ закладныхъ правъ, и собственникъ можетъ это предшествующее закладное право перенести на новаго вѣрителя и въ случаѣ принудительной продажи земельнаго участка имѣть право на сумму, соотвѣтствующую его части.

ЧЕТВЕРТЫЙ ОТДѢЛЪ.

Право долговыхъ отношеній или обязательственное право.

I. Вообще.

§ 638.

Обязательственныя или долговыя отношенія, разсматриваемыя въ настоящемъ отдѣлѣ, суть отношенія между двумя сторонами, изъ которыхъ одна обязана другой (положительнымъ или отрицательнымъ) дѣйствіемъ имущественно-правоваго характера (§ 537 и сл.).

Обязанный къ дѣйствію называется должникомъ, имѣющій право требовать дѣйствія называется вѣрителемъ.

Изъ § 538 ясно, въ какомъ смыслѣ дѣйствіе должно имѣть имущественно правовой характеръ для того, чтобы служить основаніемъ исковому обязательственному отношенію; дѣйствіе, неимѣющее денежной цѣнности (см. примѣръ § 538), получаетъ имущественно правовой характеръ при томъ условіи, если ему въ данномъ случаѣ противопоставляется имущественное дѣйствіе, какъ эквивалентъ, съ которымъ оно (одною или другою стороною) поставлено въ условное соотношеніе.

Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen 40. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heut. röm. Rechts 51, 53 (unvoll.). Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. u. preuss. R., 2. A. 59. Brinz, Der Begriff obligatio въ Grünhuts Zeitschr. I, 11. Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts eod. 1. IV, 57. G. Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau 75. Ryck, Lehre v. d. Schuldverhältnissen 83. Laband въ Archiv f. civ. Pr. Bd. 74. Stammler, R. der Schuldverhältnisse in s. allegem. Lehren 97.— Сравни также Pothier, Traité des obligations 1781.

§ 639.

Обыкновенно въ обязательственномъ отношеніи противостоятъ другъ другу только два субъекта.

Такъ, при отношеніи займа другъ другу противопоставляются тотъ, кто далъ въ займы, и тотъ, кто получилъ деньги, долженъ платить проценты и затѣмъ возвратить занятую сумму.

Бываетъ, что въ такомъ положеніи оказываются оба субъекта, какъ вѣритель, такъ и должникъ, напр., при отношеніи найма (§ 148).

§ 640.

По исключенію въ томъ же самомъ обязательственномъ отношеніи противопоставляются другъ другу болѣе чѣмъ два субъекта, при чемъ имѣется на лицо нѣсколько вѣрителей или нѣсколько должниковъ.

Если дѣйствіе безъ ущерба для его существа и цѣнности дѣлимо, то требованіе или долгъ принципіально также раздѣляется на нѣсколько частей. Но участвующіе могутъ договориться, что каждый изъ нѣсколькихъ должниковъ долженъ отвѣчать за весь долгъ или что каждый изъ нѣсколькихъ вѣрителей можетъ требовать всего дѣйствія, хотя дѣйствіе въ цѣломъ должно быть выполнено только одинъ разъ (активное или пассивное «солидарное обязательство» или въ Гражданскомъ Уложеніи «цѣлостное долговое отношеніе») (Gesamtschuldverhältniss).

Въ такомъ случаѣ дѣйствіе одного должника освобождаетъ также другихъ и дѣйствіе относительно одного вѣрителя освобождаетъ также отъ дѣйствія по отношенію къ другимъ вѣрителямъ.

Для нѣкоторыхъ отношеній силою закона предписывается такое (пассивное) цѣлостное долговое отношеніе: въ смыслѣ возмѣщенія за вредъ уже по римскому праву подобное отношеніе возникало при недозволенныхъ дѣйствіяхъ, совершаемыхъ сообща нѣсколькими лицами; по Гражданскому Уложенію такое же положеніе существуетъ въ широкомъ объемѣ какъ при обязательствѣ, возникшемъ на основаніи юридической сдѣлки, такъ и въ случаѣ сомнѣнія при всякомъ совмѣстномъ договорномъ обязательствѣ. Тоже самое юридическое положеніе возникаетъ, если нѣсколько лицъ должны совершить недѣлимое дѣйствіе.

Какъ дальнѣйшая форма совмѣстнаго права или совмѣстной обязанности сюда присоединяется упомянутая въ § 591 общность „zur gesamten Hand", согласно которой ни одинъ вѣритель (напр. товарищъ) не можетъ потребовать дѣйствія для себя одного, а въ случаѣ необходимости долженъ обратиться ко всѣмъ должникамъ (всѣмъ товарищамъ) сообща.

§ 641.

Участвующіе въ обязательствѣ субъекты суть обыкновенно люди, обозначенные лично, или юридическія лица, обозначенныя индивидуально. Но названные субъекты могутъ быть характеризованы также и инымъ образомъ.

Такъ, требуемое обязательствомъ дѣйствіе можетъ подлежать исполненію въ пользу того кто, безразлично впрочемъ, кто-бы онъ ни былъ, можетъ доказать, что именно онъ есть имѣющій право распоряженія владѣлецъ опредѣленнаго документа (долговаго письма, значущагося на предъявителя).

Далѣе можетъ случиться, что дѣйствіе должно быть совершено тѣмъ, кому принадлежитъ опредѣленный земельный участокъ (напр., при реальной тягости, лежащей на имуществѣ (выше § 627).

§ 642.

При большинствѣ обязательственныхъ отношеній можетъ имѣть мѣсто

перенесеніе права требованія посредствомъ юридической сдѣлки — «*цессіи*» съ одного субъекта на другого.

Такъ, вѣритель можетъ свое право на возвратъ займа или на уплату должной покупной цѣны перенести на другое лицо.

§ 643.

Иногда законъ предоставляетъ опредѣленному лицу право потребовать отъ прежняго вѣрителя такой цессіи или же законъ прямо опредѣляетъ при извѣстныхъ условіяхъ переходъ права требованія отъ первоначальнаго правообладателя къ другому субъекту (cessio legis).

Такъ, по римскому праву поручитель, удовлетворившій вѣрителя, могъ требовать отъ него перенесенія на себя требованія противъ главнаго должника; Гражданское Уложеніе безъ околичностей допускаетъ въ подобномъ случаѣ переходъ требованія вѣрителя на поручителя въ силу самаго права. Путемъ наслѣдованія переходятъ на наслѣдниковъ принципіально всѣ права требованія (§ 721), за исключеніемъ нѣкоторыхъ, носящихъ въ высшей степени личный характеръ (напр., по Гражданскому Уложенію право невѣсты, лишенной невинности, на возмѣщеніе).

§ 644.

Съ другой стороны переходъ обязанности по обязательству отъ первоначальнаго на новаго должника можетъ быть вызвано юридическою сдѣлкою. Римское право допускало такой переходъ впрочемъ только путемъ обхода, ставя на мѣсто стараго погашеннаго долга новый съ одинаковымъ содержаніемъ (*novatio*).

Современное развитіе права напротивъ, (примыкая къ древнему германскому праву), въ Гражданскомъ Уложенія повело къ общему признанію «договора передачи долга», вызывающаго прямое вступленіе новаго должника въ первоначальное обязательство. Договоръ заключается новымъ должникомъ или съ вѣрителемъ или со старымъ должникомъ, но въ послѣднемъ случаѣ для дѣйствительности его требуется соизволеніе вѣрителя.

Относительно перехода долговъ путемъ наслѣдованія § 726.

§ 645.

Ближайшая цѣль обязательствъ заключается въ вызовѣ опредѣленныхъ послѣдствій или опредѣленнаго состоянія въ правовой сферѣ одной стороны или, по исключенію («договоръ въ пользу третьихъ лицъ»), въ правовой сферѣ опредѣленнаго третьяго лица.

Конечная цѣль при этомъ можетъ имѣть въ виду:

1) Совершеніе *обмѣна* имуществъ или дѣйствій (обмѣнъ товара за вознагражденіе при покупкѣ § 661).

2) *односторонния* обращенія имущества въ чью-либо пользу, не являющіяся ни эквивалентами за понесенный ущербъ, ни возмездіемъ въ замѣнъ совершеннаго или имѣющагося въ виду (дареніе).

3) возмѣщеніе вреда или *предупрежденіе правонарушеній* (обяза-

тельство возмѣщенія убытковъ § 679—обѣщаніе наказанія въ случаѣ нарушенія существующаго обязательства).

При томъ-же самомъ обязательственномъ отношеніи могутъ быть приняты во вниманіе нѣсколько этихъ цѣлей.

§ 646.

Обязательства вообще не обладаютъ самостоятельнымъ значеніемъ и поэтому не предназначены къ продолжительному существованію. Обыкновенно они, выполнивъ свою цѣль, исчезаютъ.

Такъ, требованіе продавца вещи на выторгованную покупную цѣну исчезаетъ, какъ скоро послѣдовалъ платежъ. Дѣйствіе, направленное на осуществленіе обязательства, разрушаетъ существованіе послѣдняго.

§ 647.

Обязательства образуютъ въ этомъ отношеніи противоположность вещнымъ правамъ (за исключеніемъ закладнаго права). Они по своей природѣ приноровлены къ относительной продолжительности и цѣнны тѣми данными, которыя во время ихъ существованія представляются правообладателю.

Тѣмъ не менѣе извѣстныя обязательственныя отношенія родственны вещно-правовымъ отношеніямъ въ томъ смыслѣ, что они приноровлены къ относительной и неограниченной продолжительности. Сюда относятся обязательства, направленныя на періодическія дѣйствія опредѣленнаго рода, напр., на годичную уплату опредѣленной суммы на содержаніе.

Въ послѣднихъ случаяхъ обязательственное отношеніе дѣйствуетъ въ формѣ періодически выступающихъ притязаній, изъ которыхъ ни одно не исчерпываетъ содержанія отношенія вполнѣ. Отдѣльное притязаніе выполняетъ свое назначеніе тѣмъ, что погибаетъ, но лежащее въ основаніи отношеніе продолжаетъ существовать, какъ дерево, послѣ того какъ съ него сняты плоды за одинъ годъ.

§ 648.

Въ связи съ упомянутою противоположностью между вещными правами и обязательствами находится дальнѣйшая.

При вещныхъ правахъ интересъ прежде всего обращается на *содержаніе* права; это содержаніе свою цѣль носитъ въ себѣ (§ 536); оно опредѣляется безъ всякаго отношенія къ причинамъ возникновенія права и оно есть именно таковое, хотя бы даже причины его возникновенія указывали различія; только выяснивъ свое содержаніе, интересъ вещнаго права обращается къ причинамъ своего возникновенія.

Напротивъ, при обязательствахъ интересъ придерживается прежде всего фактовъ, имѣющихъ рѣшающее значеніе для ихъ *возникновенія*, происшествій, которыя вызываютъ эфемерное существованіе обязательствъ и которыя, будучи сами безконечно разнообразны, являются опредѣлителями такого же разнообразія содержанія и цѣли обязательствъ (alia causa, alia est obligatio).

§ 649.

Съ этою противоположностью связано то обстоятельство, что для системы вещнаго права вездѣ имѣетъ рѣшающее значеніе *содержаніе* правъ (§ 579 и сл.), между тѣмъ какъ при построеніи обязательственнаго права въ научныхъ системахъ и законодательствахъ главная роль приходится на долю *причинъ возникновенія*. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ предъ собою систему юридическихъ послѣдствій, во второмъ—систему фактическихъ составовъ.

§ 650.

Причины возникновенія обязательствъ столь-же разнообразны, какъ и причины возникновенія юридическихъ отношеній вообще (§ 206 и сл.); поэтому въ качествѣ таковыхъ причинъ должны быть приняты во вниманіе, какъ дѣйствія участвующихъ—юридическія сдѣлки, правонарушенія и другія дѣйствія,—такъ и правительственныя дѣйствія и другіе факты.

Наибольшее значеніе между ними имѣютъ двухстороннія юридическія сдѣлки—«договоры по обязательствамъ» или «долговые договоры»—и правонарушенія.

От обязательственнаго договора, какъ причины возникновенія обязательства (напр. договора купли, какъ причины возникновенія обязанности по обязательству для продавца осуществить переходъ собственности см. § 672), Гражданское Уложеніе рѣзко отличаетъ вещный договоръ, раньше обязательства вызывающій вещное измѣненіе права (напр. записываніе имущества на имя собственника), каковымъ записываньемъ въ связи съ занесеніемъ имени пріобрѣтателя въ поземельную книгу вызывается переходъ собственности земельнаго участка § 594).

Прямо противоположную точку зрѣнія выставляетъ французское право, въ которомъ обязательственный и вещный договоръ совпадаютъ: завершенный договоръ купли (§ 669) вызываетъ не только обязанности по обязательству, но въ тоже время немедленно вызываетъ вещное измѣненіе права (напр. переходъ собственности).

§ 651.

Къ договорамъ по обязательству относится направленное на дѣйствіе имущественно-правового характера обѣщаніе одной стороны, принятое другой стороною (напр. обѣщаніе даренія и принятіе его) или обѣщаніе обѣихъ сторонъ и принятіе каждаго изъ этихъ обѣщаній противною стороною: односторонніе—двухсторонніе договоры по обязательству.

Между послѣдними занимаютъ особое положеніе синалагматическія или (въ Гражданскомъ Уложеніи) „взаимные“ договоры, при которыхъ каждое изъ обѣщанныхъ дѣйствій одного лица составляетъ эквивалентъ дѣйствія другого: каждая сторона даетъ свое обѣщаніе именно для того, чтобы въ свою очередь получить соотвѣтственное обѣщаніе (такъ покупатель обѣщаетъ уплатить опредѣленную цѣну, чтобы получить обѣщаніе доставки товара, и наоборотъ. § 661). Въ подобныхъ случаяхъ обыкновенно каждая сторона можетъ правомѣрно воздержаться отъ обѣщаннаго своего дѣйствія до совершенія дѣйствія другой стороны и, если на нее по данному поводу поступитъ жалоба,

то она можетъ посредствомъ возраженія о „неисполненномъ договорѣ“ требовать, чтобы ее присудили къ исполненію „черта за черту“ (Zug um zug).

§ 652.

Различаютъ обязательственные договоры *причинные* (или матеріальные), дѣйствіе которыхъ зависитъ отъ достиженія юридически достижимой цѣли, которая для обязаннаго лица составляетъ основаніе обязанности (causa debendi)—и *абстрактные* (или формальные), дѣйствіе которыхъ въ извѣстной мѣрѣ не связано съ основаніемъ обязанности и не зависитъ отъ достиженія цѣли (естественно также и здѣсь преслѣдуемой), такъ что вѣритель здѣсь освобождается отъ доказыванія существованія таковой цѣли.

Образецъ абстрактнаго договора составляетъ въ римскомъ правѣ *stipulatio* (centum dare spondes? spondeo); въ современномъ правѣ—договоръ по векселю.

До Гражданскаго Уложенія оживленно спорили о томъ, могутъ-ли стороны произвольно простымъ, не указывающимъ никакого основанія обязанности (принятымъ другою стороною) обѣщаніемъ долга или признаніемъ его вызвать въ жизнь исковое обязательство.

Примыкая къ сочиненію von Baehr „Die Anerkennung als (scil. самостоятельное) Verpflichtungsgrund“ (55) теорія и практика склонялись въ большинствѣ случаевъ къ утвердительному рѣшенію вопроса, что санкціонируетъ также Гражданское Уложеніе (см. § 655).

Вещные договоры по Гражданскому Уложенію (§ 650 А) могутъ быть точно также абстрактны; вѣдь, для записи земельнаго участка на имя собственника это даже необходимо, такъ какъ такая запись вообще не можетъ зависѣть отъ достиженія какой-либо юридической цѣли.

§ 653.

Различаютъ далѣе *формальные* обязательственные договоры, которые порождаютъ исковое право требованія лишь постольку, поскольку соблюдены извѣстныя предписанныя закономъ формы, и *не формальные*, при которыхъ данное условіе не имѣетъ значенія.

§ 654.

По римскому праву неформальный договоръ, поскольку къ нему не присоединялись опредѣленныя дѣйствія одной стороны, порождалъ исковое право требованія только по исключенію.

Четыре „консенсуальныхъ контракта“: покупка, наемъ, товарищество, порученіе; но принципіально: ex nudo pacto actio non nascitur.

По современному праву дѣйствуетъ обратное правило: не формальнымъ соглашеніемъ воли (nudo consensu) могутъ быть основаны любыя долговыя обязательства.

§ 655.

Однако, также и современное право связываетъ нѣкоторые договоры съ опредѣленными формами.

Такъ абстрактный (§ 652) вексельный договоръ въ тоже время есть строго формальный. Гражданское уложеніе даже содержитъ въ себѣ до-

вольно многочисленныя предписанія относительно формы, по существу съ тенденціею удержать стороны отъ необдуманнаго заключенія важныхъ сдѣлокъ (см. § 249). Такъ, для однихъ актовъ оно часто требуетъ письменной формы (напр. для объявленія поручительства; обыкновенно для абстрактнаго долгового обѣщанія (§ 652 А); для другихъ сдѣлокъ оно требуетъ судебнаго или нотаріальнаго засвидѣтельствованія (для продажи земельнаго участка, для обѣщанія даренія) и т. д.

Упомянутое раздѣленіе имѣетъ силу также для вещныхъ договоровъ. Такъ, запись на имя собственника есть формальный договоръ, такъ какъ онъ требуетъ словеснаго заявленія передъ ведущимъ поземельныя книги вѣдомствомъ при одновременномъ присутствіи обѣихъ сторонъ.

§ 656.

Судя по римскому праву, неформальный договоръ по общему правилу не порождалъ исковаго обязательства (§ 654), но за то изъ него вытекалу «naturalis obligatio», которое въ извѣстныхъ предѣлахъ принималось правомъ въ соображеніе; такъ, при добровольномъ исполненіи такого обязательства послѣдствія его получали юридическую силу.

Такое явленіе не защищеннаго искомъ обязательства, добровольное исполненіе котораго получаетъ юридическое значеніе въ томъ смыслѣ, что уплаченное нельзя требовать обратно, знаетъ также современное право, хотя въ болѣе ограниченномъ объемѣ.

Такъ, хотя Гражданское Уложеніе не допускаетъ иска относительно игры и пари, но долгъ уплаченный по обязательствамъ, возникшимъ изъ указанныхъ фактовъ, не можетъ быть потребованъ обратно на томъ основаніи, что не было правового обязательства къ выполненію.

§ 657.

Одностороннее, непринятое другою стороною обѣщаніе, только по исключенію, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ порождаетъ узаконенное обязательство обѣщающаго. Таково объявленіе (т.-е. доводимое до всеобщаго свѣдѣнія обѣщаніе вознагражденія за совершеніе опредѣленнаго дѣйствія), выдача долгового письма на предъявителя (§ 641).

658.

Относительно *правонарушеній* должно различать, случаются-ли они при существующихъ обязательственныхъ отношеніяхъ и обсуждаются согласно относящимся сюда обязанностямъ, или это условіе не имѣетъ мѣста.

Первыя только видоизмѣняютъ уже существующія обязательственныя отношенія, послѣднія вызываютъ новыя.

§ 659.

Нормальная причина *погашенія* обязательства, какъ-то вытекаетъ изъ опредѣленія послѣдняго (§ 646), есть *исполненіе* (solutio), т.-е. совершеніе того, что должно быть исполнено согласно содержанію обязательства. Дѣйствіе иное, нежели должное, напротивъ погашаетъ обязатель-

ство только тогда, когда вѣритель имъ удовольствуется. («Дѣйствіе вмѣсто исполненія», datio in solutum). Если вѣритель неосновательно отказывается принять предложенное исполненіе, то должникъ можетъ освободиться посредствомъ сдачи своего исполненія въ *депозитъ*. Если у должника имѣется встрѣчное требованіе противъ своего вѣрителя и при томъ требованіе по существу своему подобное основному, то онъ можетъ погасить встрѣчныя требованія посредствомъ ихъ *зачета* (компенсація).

Всегда во власти вѣрителя устранить обязательство посредствомъ отреченія отъ своего требованія *(отказа)*. По необходимости гибнетъ обязательство, если правообладающій и обязанный субъектъ соединяются въ одномъ лицѣ, если, напр., вѣритель наслѣдуетъ должнику *(confusio)*. Точно также послѣдующая *невозможность* выполненія можетъ вызвать погашеніе обязательства; однако, въ подобномъ случаѣ прежде всего необходимо разсмотрѣть, падаетъ-ли отвѣтственность за эту невозможность на одну сторону и на какую; въ случаѣ существованія отвѣтственности обязательство продолжаетъ существовать, превращаясь въ обязанность возмѣщенія.

II. Сдѣлка купли.

§ 660.

На куплѣ, какъ видѣ договора по обязательству, будетъ болѣе подробно выяснена природа послѣдняго. А. хочетъ заключить съ винторговцемъ Б. договоръ купли вина.

Мы разсматриваемъ: 1) *предположенія*, при которыхъ заключается договоръ, имѣющій юридическую силу, или, что тоже самое, элементы его фактическаго состава (§ 206);

2) *Послѣдствія* его.

§ 661.

1. *Предположенія* суть:

а) обѣщаніе продавца доставить опредѣленное количество вина извѣстнаго вида;

b) обѣщаніе покупателя уплатить за вино опредѣленную въ деньгахъ цѣну;

с) принятіе каждаго изъ этихъ обѣщаній другою стороною.

Опредѣленной формы для этихъ изъявленій воли вообще не предписано, хотя для продажи земельнаго участка Гражданское Уложеніе требуетъ судебнаго или нотаріальнаго засвидѣтельствованія.

§ 662.

Предметъ купли можетъ быть опредѣленъ индивидуально—напр. «эта бочка Гейзенгеймера» (купля специальная)—или просто родомъ и мѣрою—напр. «гектолитръ Гейзенгеймера 1874 года» (купля для потребленія).

Предметъ купли можетъ не находиться въ собственности продавца. Онъ можетъ также еще не существовать въ моментъ заключенія договора (сборъ будущаго года съ виноградника N).

§ 663.

Цѣна должна заключаться въ деньгахъ. Установленіе ея высоты вообще предоставляется усмотрѣнію сторонъ, если только она не обнаруживаетъ фактическаго состава «ростовщичества».

Она можетъ быть условлена также такимъ образомъ, что должна быть уплачена сумма, признанная опредѣленнымъ третьимъ лицомъ соразмѣрною.

Древнѣйшія законодательства пытались различнымъ образомъ содѣйствовать установленію „pretium justum"; напр. предоставленіемъ права требовать отмѣны договора при „чрезмѣрномъ нарушеніи", которое римское право усматривало существующимъ въ томъ случаѣ, если опредѣленная цѣна не достигала половины истинной цѣны вещи или превышала послѣднюю вдвое.

Гражд. Улож. отказалось отъ такихъ попытокъ, не оправдавшихся на практикѣ, въ особенности оно не знаетъ болѣе никакого возраженія вслѣдствіе laesio enormis. Если-же относительно цѣнности вещи имѣлъ мѣсто умышленный обманъ, то по этой причинѣ можно оспаривать договоръ (см. § 665 А.).

§ 664.

Обѣщаніе и принятіе должны совпадать.

Недоразумѣніе, исключающее совпаденіе выраженной съ обоихъ сторонъ воли, не допускаетъ возникновенія договора съ прававой силой.

Волеизъявленія обѣихъ сторонъ не могутъ также основываться на существенномъ заблужденіи въ пониманіи закона. Таковое по Гражданскому Уложенію имѣется, если одна сторона вообще не хотѣла дѣлать своего заявленія въ той формѣ въ какой она его совершила (напр. описалась относительно покупной цѣны) или заблуждалась относительно смысла и значенія своего заявленія (покупатель обѣщаетъ «quatre—vingts francs», полагая, что quatre—vingt обозначаетъ 24) или заблуждалась относительно существенныхъ, съ точки зрѣнія гражданскаго оборота, свойствъ противной стороны или вещи (покупатель принимаетъ предлагаемое искусственное вино за натуральное). Въ этихъ случаяхъ заблуждающійся всегда можетъ оспаривать сдѣлку и этимъ уничтожить ея послѣдствія, если его заблужденіе настолько значительно, что онъ безъ такого заблужденія и при разумной оцѣнкѣ положенія вещей не сдѣлалъ бы своего заявленія.

На одинаковыхъ условіяхъ, какъ и при заблужденіи, подлежитъ оспариванію заявленіе, невѣрно переданное посыльными или телеграфнымъ вѣдомствомъ (если, напр., вмѣсто „продать" передается „купить") — Относительно обязанности возмѣщенія заблуждающагося въ случаѣ оспариванія см. § 692.

§ 665.

Напротивъ, заблужденіе, которое съ точки зрѣнія гражданскаго оборота касается несущественнаго качества вещи или лица или прочихъ условій

сдѣлки, не имѣетъ вліянія на ея существованіе, хотя-бы оно и составляло у одной стороны рѣшающій мотивъ для заключенія договора. Напр., покупатель ошибочно предполагаетъ, что соотвѣтствующій годъ отличается особыми благопріятными условіями или что онъ вино выгодно перепродастъ, и потому заключаетъ договоръ, однако не включая въ него особыхъ условій относительно этихъ обстоятельствъ.

Если-же заблужденіе, которое побудило сторону къ заключенію сдѣлки, вызвано злонамѣренно, то обманутый можетъ оспаривать договоръ независимо отъ рода своего заблужденія. Тоже самое имѣется въ томъ случаѣ, если сторона была противоправно побуждена къ заключенію сдѣлки угрозами.

§ 666.

Если обѣщанное продавцомъ дѣйствіе съ самаго начала было невозможно—выясняется, что вино уже вытекло ко времени переговоровъ о договорѣ—то связывающая сдѣлка вообще не возникаетъ, покупка является «ничтожной».

Но здѣсь возникаетъ вопросъ, не обязана ли та сторона, которая должна была знать о невозможности дѣйствія, возмѣстить убытокъ, претерпѣваемый другой стороной вслѣдствіе ея довѣрія къ дѣйствительности сдѣлки. Такая отвѣтственность за „отрицательный интересъ по договору" вслѣдствіе „culpa in contrahendo" на этотъ случай прямо выражена въ Гражданскомъ Уложеніи см. § 684.

§ 667.

Возникновеніе дѣйствительной купли можетъ быть связано съ особыми условіями. Напр., съ условіемъ, что покупатель при помощи пробы долженъ найти вино удовлетворяющимъ его вкусу (покупка «на пробу»).

Пока такія условія не выполнены, договоръ остается въ состояніи сомнительности; только съ ихъ исполненіемъ онъ завершается и выражаетъ тогда свои послѣдствія вообще въ томъ, что съ этой минуты онъ является заключеннымъ безусловно, если только стороны не захотятъ придать исполненію «обратной силы», отнеся ее къ моменту заключенія условнаго договора.

§ 668.

Одна изъ сторонъ можетъ быть связана еще ранѣе наличности дѣйствительнаго договора. Напр., продавецъ при покупкѣ на пробу.

Точно также, прежде всего всякая сторона, которая сдѣлала другой «предложеніе» («оферту») заключить договоръ, согласно современному развитію права (въ противоположность къ отмѣняемости по римскому праву) связана до тѣхъ поръ, пока при нормальныхъ условіяхъ можетъ получиться у нея отвѣтъ отъ получателя; заключеніе договора однако считается состоявшимся по большей части только съ момента своевременнаго полученія объявленія о принятіи предложенія.

Часто по обычаю гражданскаго оборота для возникновенія договора не требуется такого объявленія о принятіи по отношенію къ предлагающему; изъ-

явленіе на принятіе можетъ выразиться другимъ образомъ. Такъ, въ разрѣзаніи книги, присланной для просмотра книгопродавцомъ, безъ дальнѣйшаго, заключается принятіе его предложенія о покупкѣ.

§ 669.

2) По римскому праву, заключенный, «завершенный» договоръ тотчасъ разрѣшалъ вопросъ, на кого должна падать опасность случайной погибели и случайнаго поврежденія предмета договора, при чемъ названная опасность при спеціальной куплѣ уже съ этого момента переходила на покупателя.

По Гражданскому Уложенію напротивъ эта опасность обыкновенно переходитъ только съ передачею предмета. При покупкѣ же земельныхъ участковъ такое явленіе получается уже съ предшествующею отмѣткою въ поземельной книгѣ, а при движимостяхъ, которыя продавецъ обѣщался доставить покупателю, съ ихъ отсылкою или передачею экспедитору или перевозчику грузовъ.

Если поэтому отосланное вино по дорогѣ залежится вслѣдствіе непредвидимыхъ случайностей и испортится подъ вліяніемъ жары, то покупатель долженъ нести эту „опасность транспорта", т. е. онъ долженъ, несмотря на это, уплатить договоренную покупную цѣну.

§ 670.

Если предметъ купли былъ опредѣленъ только по роду и мѣрою, то необходима послѣдующая индивидуализація его. Она же совершается актами указанными въ § 669 абз. 2, такъ что по Гражданскому Уложенію при куплѣ для пользованія опасность переходитъ въ тотъ-же моментъ, какъ и при спеціальной куплѣ.

§ 671.

Съ того-же момента покупатель долженъ нести (юридическое) обремененіе предмета купли; ему-же съ другой стороны принадлежитъ пользованіе имъ.

§ 672.

Собственность на предметъ купли по римскому праву переходила не съ заключеніемъ договора, но лишь съ момента передачи—традиціи.

По Гражд. Уложенію для продавца возникаетъ изъ завершеннаго договора купли обязательство къ доставленію собственности и, слѣдовательно, къ участію въ потребныхъ для сего актахъ перенесенія (запись на имя собственника и отмѣтка въ земельной книгѣ при земельныхъ имуществахъ, традиція при движимостяхъ § 593, см. § 650 А). Непосредственное владѣніе продавецъ во всѣхъ случаяхъ долженъ переносить на покупателя.

По римскому праву къ традиціи для того, чтобы собственность перешла въ другія руки, должна была присоединиться уплата или обязательство про-

извести эту уплату съ теченіемъ времени. По Гражд. Улож. при движимыхъ вещахъ, хотя и допускается удержаніе собственности продавцомъ, несмотря на передачу вещи, до уплаты стоимости, но это должно быть особо выговорено; при записи на имя собственника таковое условіе не допускается.

§ 673.

Продавецъ долженъ доставить покупателю собственность свободною отъ обремененій (каковы закладныя права, сервитуты) и поэтому отвѣчаетъ принципіально, какъ скоро третье лицо можетъ предъявить право на вещь противъ покупателя.

Равнымъ же образомъ онъ отвѣчаетъ, если покупатель значительно стѣсненъ въ пользованіи вещью недостатками ея физической природы, исключая тотъ случай, когда покупатель зналъ о нихъ при заключеніи договора, или если онъ не замѣтилъ изъяновъ только вслѣдствіе грубой невнимательности.

§ 674.

Покупатель долженъ уплатить покупную цѣну и съ того момента, съ котораго ему начинаетъ принадлежать пользованіе предметомъ купли, платить проценты съ неуплаченной.

Далѣе, по Гражд. Улож. къ нему можетъ быть предъявленъ искъ объ принятіи соотвѣтствующей договору вещи, въ чемъ продавецъ можетъ имѣть при извѣстныхъ обстоятельствахъ значительный интересъ, напр., вслѣдствіе дороговизны сохраненія или опасности вещи (напр., при взрывчатыхъ веществахъ).

§ 675.

Указанныя послѣдствія договора могутъ вслѣдствіе особыхъ соглашеній претерпѣвать различныя видоизмѣненія.

Такъ, можетъ быть договорено, что продавецъ долженъ нести опасность во время транспорта вещи или что цѣна должна быть уплачена только спустя опредѣленное время послѣ передачи вещи и притомъ безъ уплаты процентовъ или что покупатель долженъ принять на себя ипотеки, обременяющія земельный участокъ.

§ 676.

Указанныя послѣдствія могутъ быть далѣе видоизмѣнены поведеніемъ одного изъ участвующихъ послѣ заключенія договора.

Если продавецъ не доставитъ вина къ условленному времени, или не доставитъ его, несмотря на напоминаніе (mora solvindi просрочка въ исполненіи), то покупатель—согласно болѣе чѣмъ по общему праву строгому обращенію Гражд. Улож. съ просрочившимъ должникомъ—имѣетъ на выборъ троякое право: онъ можетъ наряду съ запоздавшею доставкою потребовать возмѣщенія убытковъ вслѣдствіе запозданія или отклонить запоздавшую доставку и вмѣсто нея потребовать возмѣщенія убытковъ вслѣдствіе

неисполненія (но это только послѣ истеченія предоставленнаго должнику льготнаго срока) или наконецъ (тоже послѣ предоставленія льготнаго срока) отступиться отъ договора, чѣмъ уничтожаются обоюдныя обязательства.

§ 677.

Если, наоборотъ, покупатель отказывается отъ принятія своевременно предлагаемой вещи, соотвѣтствующей по природѣ договору (mora accipiendi), то обязанность бдительности продавца смягчается до отвѣтственности за dolus и lata culpa; опасность случайной порчи переходитъ на покупателя, и продавецъ можетъ продать вино за счетъ покупателя съ публичнаго торга, земельный участокъ въ подобномъ случаѣ онъ можетъ послѣ послѣдовавшаго объявленія покинуть.

Съ просрочкою въ принятіи со стороны покупателя соединяется обыкновенно просрочка въ исполненіи имъ взятаго на себя обязательства (§ 674): тогда продавецъ получаетъ въ то-же время соотвѣтствующее право на такой-же выборъ, который, согласно § 676, принадлежитъ покупателю.

§ 678.

Если покупатель есть хозяинъ, пріобрѣтающій вино съ цѣлью дальнѣйшей перепродажи, то къ сдѣлкѣ примѣняются своеобразныя въ нѣкоторыхъ направленіяхъ опредѣленія Торговаго Уложенія о «покупкахъ для торговли».

III. Обязательство возмѣщенія убытковъ.

§ 679.

Нѣкоторое лицо можетъ быть обязано возмѣстить убытокъ, который потерпѣло другое лицо:

I) потому что первое лицо таковое дѣйствіе *приняло на себя по договору* (какъ это происходитъ при заключеніи страховаго договора),

II) при извѣстныхъ условіяхъ, такъ какъ оно *причинило* убытокъ.

Послѣдніе случаи вслѣдствіе ихъ значенія и затрудненій, которыя, при нихъ возникаютъ, должны быть разсмотрѣны ближе.

§ 680.

Тотъ, кто *причинилъ* убытокъ, можетъ быть обязанъ возмѣстить его:

1) такъ какъ онъ дѣйствовалъ съ влекущимъ взысканіе нарушеніемъ предписаній права, другими словами *виновенъ* въ убыткѣ,

2) потому что предпринятое, причинившее поврежденіе, дѣйствіе было *его* предпріятіемъ, и нанесенный такимъ дѣйствіемъ ущербъ (безразлично у кого онъ ближайшимъ образомъ обнаружится), въ результатѣ справедливо должно быть поставлено на счетъ дѣйствовавшаго.

§ 681.

1) При вопросѣ о виновности въ поврежденіи принимается вообще въ соображеніе, какъ умыселъ, такъ и неосторожность (§ 262 и сл.).

Однако, есть случаи, гдѣ отвѣтственнымъ дѣлается только умышленное причиненіе вреда, а не неосторожное.

§ 682.

Если, напр., кто-либо, будучи спрошенъ въ дѣловыхъ отношеніяхъ, по небрежности дастъ плохой совѣтъ и вслѣдствіе этого причинитъ убытокъ просившему совѣта, то отсюда обыкновенно не возникаетъ никакой обязанности возмѣщенія. Подобная небрежность не заключаетъ въ себѣ никакой вины въ смыслѣ права (никакого правонарушенія въ смыслѣ § 260). Спрашивавшій могъ взвѣсить, какую цѣнность должно было придать полученному совѣту.

Другое дѣло, если спрошенный умышленно ввелъ другого въ заблужденіе и причинилъ убытокъ (напр., посредствомъ злонамѣренной рекомендаціи обанкротившагося человѣка въ кассиры).

Однако, также и за вредный совѣтъ, данный по небрежности, можетъ возникнуть отвѣтственность изъ договорнаго отношенія, существующаго между участвующими, въ случаяхъ если адвокатъ или справочное бюро даютъ совѣтъ или рекомендацію за вознагражденіе. Здѣсь обязанность возмѣщенія матеріально является вполнѣ справедливою, такъ какъ спрашивающій и дающій совѣтъ находятся не въ одинаковомъ положеніи, и первый оказывается въ духовной зависимости, которая повышаетъ отвѣтственность послѣдняго (см. § 686).

§ 683.

Напротивъ, кто повреждаетъ или разрушаетъ чужую вещь, тотъ отвѣчаетъ, какъ за умыселъ, такъ и за неосторожность.

Точно также тотъ, кто повреждаетъ здоровье другого, отвѣчаетъ въ отношеніи вытекающихъ отсюда имущественныхъ убытковъ.

Точно также отвѣтствуетъ тотъ, кто распространеніемъ ложныхъ фактовъ вредитъ кредиту другого. Онъ долженъ возмѣстить доказанный причиненный вредъ независимо отъ того, говорилъ-ли онъ, зная ложность сообщаемаго (умышленно) или добросовѣстно, (что не исключаетъ небрежности).

По Гражд. Улож., при простой неосторожности отвѣтственности не существуетъ; впрочемъ, не безусловно, именно тогда нѣтъ, когда распространитель ложныхъ свѣдѣній или лицо, пользовавшееся ими, въ невѣрномъ сообщеніи имѣли „правомѣрный интересъ“. Именно, Уложеніе требуетъ здѣсь съ одной стороны вниманія къ интересу, который гражданскій оборотъ спеціально имѣетъ въ отношеніи жизненности бюро справокъ, съ другой стороны вниманія къ интересу охраны отдѣльнаго лица противъ вреда, причиняемаго невѣрными сообщеніями; сравни объ этомъ R. Merkel въ приведенномъ въ § 688 сочиненіи стр. 223 и сл.

§ 684.

Подобное (отвѣтственность за неосторожность) имѣетъ силу какъ

вообще при существованіи договорныхъ отношеній, какъ и при основаніи таковыхъ.

Кто находится въ договорныхъ отношеніяхъ, тотъ долженъ наблюдать, чтобы не нарушить интересовъ другой стороны или неисполненіемъ своихъ обязательствъ или родомъ и образомъ своего исполненія; кто заключаетъ договоры, долженъ наблюдать, что-бы изъ необдуманныхъ предложеній или приглашеній или изъ ихъ недостаточной формулировки не возникли убытки для другого. Кто это допустилъ умышленно или по небрежности, тотъ отвѣчаетъ за причиненный этимъ вредъ.

Случаи неосторожности при заключеніи договоровъ (culpa in contrahendo) были спеціально предметомъ контроверзъ въ области римскаго права. Согласіе не существовало ни относительно объема отвѣтственности, ни относительно самой отвѣтственности. Точно также и Гражд. Ул. не содержитъ въ себѣ по данному поводу общихъ предписаній; объ одномъ относящемся сюда случаѣ см. § 666. То обстоятельство, что отвѣтственность здѣсь матеріально имѣетъ свое оправданіе, оспариванію не подлежитъ.

Ihering, culpa in contrahendo, въ его Jahrb. f. Dogm. IV, 1.

§ 685.

Всетаки въ различныхъ договорныхъ отношеніяхъ внимательность и душевное напряженіе въ пользу интересовъ другого требуется въ различномъ объемѣ и, согласно сему, мѣрило, по которому должно разрѣшать вопросъ, имѣется-ли на лицо подлежащая отвѣтственности неосторожность, является различнымъ.

Высшая мѣра внимательности, между прочимъ, требуется въ отношеніяхъ купли и найма отъ того, кто принялъ на себя веденіе чужихъ дѣлъ или взялъ въ ссуду чужую вещь. Меньшая мѣра требуется отъ того, кто изъ любезности безвозмездно принялъ на себя храненіе чужой вещи.

§ 686.

При ограниченіи этой мѣры объективнымъ правомъ получаютъ силу слѣдующія точки зрѣнія:

a) право требуетъ большей внимательности тамъ, гдѣ у дѣйствующаго лица слѣдуетъ предполагать *собственный интересъ* къ сдѣлкѣ, когда таковой имѣется по общей природѣ сдѣлки—купля, наемъ и т. д. или по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая напр., подлежащее лицо принуждено къ сдѣлкѣ;

b) право требуетъ большей внимательности тамъ, гдѣ послѣдняя по общей природѣ сдѣлки или по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая *явнымъ образомъ (конклюдентно*[1]*) предусматривается*. Первое должно предположить у того, кто принимаетъ порученіе на веденіе чужихъ дѣлъ (мандатарій).

---

[1]) Дѣйствія конклюдентныя тѣ, изъ которыхъ логически можно вывести опредѣленное намѣреніе дѣйствующаго лица.

Ред.

Тотъ, кто *безъ* порученія ведетъ чужія дѣла (negotiorum gestor), является обязаннымъ въ одинаковомъ объемѣ. Хотя онъ ничего не обѣщаетъ, но въ его дѣйствіи мы находимъ всетаки явнымъ образомъ выраженную волю примѣнить заботливость, соотвѣтствующую природѣ сдѣлки.

При разрѣшеніи вопроса, что въ такомъ смыслѣ въ дѣловыхъ отношеніяхъ должно считать *молчаливымъ признаніемъ*, получаетъ силу принципъ, развитый въ § 693. Напр., кто-нибудь принимаетъ на себя уходъ за больнымъ помимо предшествующихъ спеціальныхъ переговоровъ о требуемой отъ него diligentia. Въ подобномъ случаѣ относительно послѣдней нужно принять во вниманіе, въ какомъ объемѣ принявшій на себя обязанность ухода за больнымъ яснымъ образомъ поставилъ его здоровье въ зависимость отъ своей diligentia. Молчаливо признанною здѣсь считается поэтому вся та заботливость, которая требуется природою болѣзни и которая, если бы заботящійся не взялъ на себя обязанности ухода, была-бы предоставлена другими. Рѣшающее основаніе для обязательства къ этой заботливости заключается, разумѣется, не въ этомъ предполагаемомъ (воображаемомъ) признаніи, но въ реальномъ значеніи дѣйствія, сообразуясь съ которымъ, мы предполагаемъ такое признаніе.

§ 687.

Право не можетъ запретить всѣхъ дѣйствій и предпріятій, которыя сопряжены съ опасностями или убытками для другихъ. Часто положительное значеніе такихъ дѣйствій для человѣческихъ интересовъ перевѣшиваетъ возможное при исполненіи ихъ зло.

Вмѣсто запрета такихъ дѣйствій и предпріятій право часто выставляетъ въ подобныхъ случаяхъ велѣніе послѣдующаго уравненія причиненнаго ими вреда.

§ 688.

Соотвѣтствуя различію принимаемыхъ во вниманіе случаевъ, относящіеся сюда опредѣленія закона обнаруживаютъ нѣкоторыя различія какъ относительно спеціальныхъ предположеній, такъ и относительно объема обязательства возмѣщенія.

Въ то же время право въ указанномъ направленіи производитъ впечатлѣніе въ высшей степени незаконченнаго. То же самое приходится сказать и относительно науки. Единая точка зрѣнія, которая по отношенію ко всѣмъ приведеннымъ случаямъ, несмотря на ихъ различіе, претендуетъ на одинаковую силу (§ 680 подъ 2, ниже, §§ 693 и 696), еще борется за свое признаніе.

Со времени появленія перваго изданія настоящей книги (85) важная проблема обязанности возмѣщенія встрѣтила въ литературѣ живое вниманіе. Сравни въ особенности Mataja, Recht des Schadensersatzes v. Standpunkt der Nationalökonomie 88. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögenschäden 88. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. A. 93. Handeln auf fremde Gefahr 94. Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäsziger Interessen u. die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen (im Hinblick auf den 2. Entw. des. B.) 95. Sjögren in Iherings Jahrb. Bd. 35, 96. Max Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung u. d. Stellung des B. zur objektiven Schadensersatzpflicht 96 (къ сему R. Merkel in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 47). Jung, Delikt und Schadensverursachung 97. Endemann, Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation 93. Далѣе цитаты при § 695.

§ 689.

Что касается дѣйствій, сопряженныхъ со вредомъ и опасностью, то въ отношеніи ихъ принимаются во вниманіе:

a) дѣйствія и предпріятія, по *своей общей природѣ* связанныя съ опредѣленной *опасностью* для другихъ (§ 690 и сл.) и

b) *сознательный* ущербъ, причиненный третьимъ лицамъ (§ 694 и сл.).

Примѣры наглядно представляютъ природу обѣихъ категорій и наводятъ на мысль, примѣняемую при ихъ обсужденіи.

§ 690.

Къ а). Производство на фабрикахъ обыкновенно сопряжено съ опасностями для тѣла и жизни не только рабочихъ, но часто также и для третьихъ лицъ; тѣмъ не менѣе фабричное производство разрѣшено.

Однако, съ нимъ связывается при извѣстныхъ предположеніяхъ отвѣтственность за дѣйствительно возникшій вредъ безъ того, чтобы было нужно доказывать виновность предпринимателя, на котораго возлагается эта обязанность. (Сравни напр. Reichs-Gewerbeordnung § 26). Вообще послѣднее имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ неосторожное дѣйствіе служащаго составляетъ ближайшую причину вреда.

Сравни отвѣтственность собственника корабля за вредъ, причиняемый по своей винѣ третьему лицу лицомъ, принадлежащимъ къ экипажу корабля и исполнявшимъ свои служебныя обязанности; далѣе ср. отвѣтственность собственника животнаго или всадника за вредъ, причиняемый кому либо животнымъ. Эту отвѣтственность ср. въ томъ видѣ, какъ она вообще выражена въ Гражд. Улож. (а еще раньше во французскомъ правѣ). Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ по своему обоснованію родственна отвѣтственности родителей, директоровъ, воспитателей за дѣйствія лицъ, находящихся подъ ихъ властью, по французскому праву (Гражд. Улож. наоборотъ освобождаетъ такихъ лицъ отъ отвѣтственности при доказанности достаточнаго надзора). Сюда же относится признанная въ Гражд. Улож. отвѣтственность юридическихъ лицъ за ущербъ причиненный ихъ представителями третьимъ лицамъ, при выполненіи обязательныхъ функцій. Въ этомъ же видѣ спеціально представляется установленная въ нѣкоторыхъ законодательствахъ отвѣтственность государства за противоправное наложеніе его чиновниками ареста или конфискаціи произведеній прессы или другихъ случаевъ противоправнаго примѣненія ввѣренныхъ государствомъ средствъ силы при томъ условіи, что потерпѣвшія лица видятъ себя не въ состояніи отвратить нарушеніе ихъ правъ даже при посредствѣ обращенія къ государственнымъ установленіямъ. Этотъ вопросъ объ отвѣтственности государства за вредъ, причиненный его чиновниками при осуществленіи ввѣренной имъ *публичной* власти, Гражданское Уложеніе предоставило земскому праву (dem landesrecht). Нѣкоторые дополнительные къ Гражданскому Уложенію законы высказались за такую отвѣтственность государства отчасти въ первую голову, какъ въ Баденѣ, отчасти вспомогательно—вслѣдъ-за отвѣтственнымъ чиновникомъ, какъ въ Эльзасъ-Лотарингіи.

§ 691.

Подобное-же имѣетъ силу при эксплоатаціи желѣзной дороги.

Если при эксплоатаціи кого-либо ранятъ, то предприниматель отвѣ-

чаетъ за возникшій отсюда убытокъ, хотя-бы даже нельзя было доказать виновности ни его самого, ни его подчиненнаго; предприниматель-же долженъ доказать, что «высшая сила» или собственная вина потерпѣвшаго вызвали его убытокъ (законъ объ обязательной отвѣтственности 1871 года).

Въ томъ-же самомъ смыслѣ отвѣчаетъ почта за потерю заказныхъ посылокъ, писемъ съ указаніемъ цѣнности и пакетовъ, независимо отъ доказанной вины (поскольку не можетъ быть доказана „высшая сила" или небрежность отправителя).—О „высшей силѣ" (vis major) между прочимъ: Exner, Begriff der h. G. im röm. u. heut Verkehrsrecht 83. M. Rümelin, Der Zufall im Recht 97.—Ueber die unsichere Abgrenzung u. praktische Unbrauchbarkiet des Begriffs: „Verhandleingen des 22 deutschen Juristentages" IV, 93. H. Merkel, 1. cit. 208 ff.. Срав. § 266.

§ 692.

Кто поручаетъ другимъ отправленіе опредѣленныхъ дѣлъ за себя, тотъ долженъ былъ-бы по той-же мысли возмѣщать вредъ, претерпѣваемый послѣдними при исполненіи порученія, хотя-бы даже убытокъ имъ не былъ и не могъ быть предусмотрѣнъ, т.-е. если съ его стороны вины на лицо не имѣлось.

Что касается какъ древнѣйшаго права, такъ и Гражд. Улож., то согласно имъ обоснованіе требуемой въ подобныхъ случаяхъ матеріально безъ сомнѣнія справедливой обязанности возмѣщенія представляется затруднительнымъ, о чемъ срав. R. Merkel, 1 cit. 160 ff.

Напротивъ, рядъ другихъ случаевъ въ области дѣлового оборота встрѣтилъ признаніе отвѣтственности того-же самаго характера. Такъ, для продавца существуетъ отвѣтственность за скрытые недостатки проданнаго предмета (§ 673) въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя доказать никакой небрежности съ его стороны и когда также нельзя предположить отвѣтственности, принятой по договору; такова же по аналогіи отвѣтственность лица отдающаго въ чужое пользованіе напр. поврежденныя винныя бочки.

Такимъ образомъ далѣе по Гражд. Ул. возложена обязанность возмѣщенія на того, кто оспариваетъ сдѣлку вслѣдствіе своего заблужденія (§ 664), независимо отъ виновности; также на того, чье заявленіе было передано невѣрно по оплошности посыльныхъ, телеграфныхъ чиновниковъ или другихъ посредствующихъ лицъ или было передано невѣрно по другимъ причинамъ, хотя бы лицо, подавшее заявленіе, при этомъ нельзя ни въ чемъ упрекнуть. Во всѣхъ случаяхъ подобныхъ заблужденій, когда прямо не можетъ быть доказана чья либо виновность, возникаетъ вопросъ, кто же долженъ при этихъ условіяхъ нести необходимую отвѣтственность? Вопросъ этотъ можетъ найти принципіально обоснованный отвѣтъ только въ томъ смыслѣ, что отвѣтственнымъ лицомъ въ такихъ случаяхъ долженъ быть тотъ, отъ кого зависѣло случившееся какъ въ отношеніи общей непосредственной дѣятельности, такъ и въ отношеніи дѣятельности посредственной, выражающейся въ пользованіи тѣми или другими провозными средствами или помощниками.

§ 693.

Въ указанныхъ случаяхъ право выражаетъ ту мысль, что тотъ, отъ кого исходитъ опредѣленная дѣятельность и отъ чьей воли и интересовъ зависитъ ея видъ, долженъ отвѣчать за то, чтобы она согласовалась съ благомъ другихъ, или путемъ осуществленія условій, при которыхъ убытокъ

устраняется или, если это недостижимо, путемъ послѣдующаго уравненія возникшаго вреда (сравни § 243).

Тотъ, отъ кого зависитъ существованіе предпріятія, равно какъ и духъ и формы его, поскольку это имѣетъ мѣсто, естественно отвѣтственъ за то, чтобы предпріятіе согласовалось съ законными интересами другихъ, подобно тому, какъ всякій долженъ отвѣчать за свою дѣятельность и согласіе ея съ охраняемыми правомъ чужими интересами. Въ этомъ заключается причина того, что упомянутое лицо должно имѣть въ виду съ одной стороны избѣжаніе причиненія предпріятіемъ убытковъ третьимъ лицомъ, съ другой стороны уравненіе таковыхъ убытковъ, если они уже возникли. Предупредительныя и уравнительныя мѣры подходятъ здѣсь во всякомъ случаѣ подъ ту-же самую точку зрѣнія возстановленія условій, при которыхъ предпріятіе находится въ согласіи съ общимъ благомъ. Кому при такихъ обстоятельствахъ рискъ предпріятія кажется слишкомъ большимъ, тотъ долженъ отъ него воздержаться. Ни въ какомъ случаѣ онъ не можетъ ссылаться на справедливость въ пользу того, чтобы этотъ рискъ, соединенный съ *его* предпріятіемъ, былъ-бы снятъ съ него другими, что бы тѣмъ ему было-бы обезпечена возможность осуществлять свои интересы насчетъ другихъ.

Поэтому для принципіальнаго обоснованія обязанности возмѣщенія въ указанныхъ случаяхъ мы нуждаемся въ дѣйствительной или воображаемой виновности столь-же мало, какъ и для обоснованія требованія, которое въ видѣ признанныхъ необходимыми мѣръ предосторожности, исполняется предпринимателемъ и оплачивается изъ его кассы.

Въ наукѣ относительно указанной обязанности возмѣщенія большинство считаетъ необходимымъ удержать точку зрѣнія виновности и прямо выставило положеніе: „безъ вины нѣтъ отвѣтственности по гражданскому праву“; этимъ однако сторонники подобнаго взгляда лишили себя возможности съ одной стороны достичь полнаго разумѣнія соотвѣтствующихъ опредѣленій права, съ другой стороны—оказывать поощряющее вліяніе на дальнѣйшее развитіе данной области права; зависитъ это отъ той причины, что при указанной точкѣ зрѣнія нельзя получить вѣрнаго мѣрила для установленія условій какъ объема отвѣтственности, такъ и вообще вѣрной ихъ нормировки.

При томъ, чего въ данномъ случаѣ не даетъ предположеніе дѣйствительной виновности, того, само собою разумѣется, нельзя достичь при посредствѣ костылей простой *фикціи* вины, „неподлежащей оспариванію praesumptio culpae“, къ которой часто пыталась прибѣгать практика.

Въ соотвѣтствующихъ случаяхъ надо обращать вниманія не на то, можно-ли было въ отдѣльномъ случаѣ предусмотрѣть и отвратить убытокъ, но на то, возникъ-ли таковой убытокъ изъ предпріятія, и насколько предпріятіе существуетъ *при посредствѣ* даннаго лица и *для него*.

Въ соотвѣтствующихъ случаяхъ далѣе нельзя удовольствоваться простымъ опредѣленіемъ, что отвѣтственность обнимаетъ весь ущербъ („интересъ“). Скорѣе въ подобныхъ случаяхъ вслѣдствіе разнообразія и сложности принимаемыхъ во вниманіе причинныхъ отношеній умѣстны многія ограниченія, степени и подраздѣленія. Такъ, судохозяинъ отвѣчаетъ въ упомянутомъ случаѣ (§ 690) только кораблемъ и грузомъ, на томъ же основаніи является ограниченной отвѣтственность почтъ (§ 691).

Далѣе, установленной точкѣ зрѣнія соотвѣтствуетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ исключительно вспомогательная отвѣтственность, и именно въ такихъ случаяхъ, когда съ точки зрѣнія виновности нельзя было-бы даже установать таковой.

Вполнѣ непригоднымъ оказалось господствующее воззрѣніе въ особенности по вопросу объ отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ представителей. Такъ какъ за этими юридическими лицами отрицается возможность виновности, то изъ этого взгляда вытекаетъ тотъ выводъ, что всегда

должна быть отрицаема и ихъ отвѣтственность, выводъ, который съ одной стороны тщетно старались устранить и который всетаки пришлось признать просто непримѣнимымъ (unannehmbar) (см. § 690 А.).

Если отвѣтственность фабриканта, судохозяина и т. п. ставятъ въ зависимость отъ виновности *ихъ въ отношеніи третьяго лица* (какъ это существуетъ *по закону объ обязательной отвѣтственности* § 2, *отвѣтственность по винѣ надзирающаго лица*), то въ этомъ обнаруживается потребность въ годномъ, опредѣленномъ и общепонятномъ признакѣ ограниченія случаевъ отвѣтственности. Но этимъ отнюдь не обнимаются всѣ случаи возможнаго установленія отвѣтственности согласно выставленной здѣсь точкѣ зрѣнія. Поэтому, въ дѣлѣ разъясненія вопроса, поскольку предпринимателей должно считать отвѣтственными за несчастные случаи на фабрикахъ, указанный признакъ въ настоящее время не играетъ никакой роли. (Срав. обязательныя дѣйствія, возложенныя на предпринимателей Германскими законами о страхованіи рабочихъ). Часто вмѣстѣ съ тѣмъ высказывалось противуположное воззрѣніе, находящееся въ согласіи съ мыслью, развитою въ текстѣ настоящей книги, „что рискъ занесчастные случаи.... должна нести промышленность, т. е. предприниматели", такъ какъ рабочій въ ней является только зависимымъ членомъ большаго цѣлаго, „почти лишь частью машины". И въ этомъ себѣ прокладываетъ дорогу то убѣжденіе, что отвѣтственность послѣдняго рода нужно совершенно отдѣлить отъ отвѣтственности, основывающейся на виновности, и что первая должна найти самостоятельную разработку наряду со второю.

Пытались найти принципъ основыванія отвѣтственности въ разсматриваемыхъ случаяхъ въ публичномъ интересѣ и, слѣдовательно, ставили наряду съ отвѣтственностью, вытекающей „изъ виновности", отвѣтственность—„изъ общаго интереса". Но въ такомъ рѣшеніи вопроса кроется недоразумѣніе. Безъ сомнѣнія, въ подобныхъ случаяхъ публичный интересъ затрогивается, но не болѣе чѣмъ при отвѣтственности, основанной на виновности. Публичный интересъ кроется за всѣми опредѣленіями права. Вопросъ же заключается въ томъ, какія особыя точки зрѣнія примѣняются согласно общимъ интересамъ при установленіи и ограниченіи отвѣтственности. Съ одной стороны это будетъ точка зрѣнія виновности, съ другой (за отсутствіемъ болѣе подходящаго названія) точка зрѣнія причинности.

§ 694.

Къ b). Сознательное, но тѣмъ не менѣе дозволенное нанесеніе вреда чужому имуществу имѣется, когда корабельщикъ во время опасности на морѣ выбрасывается за бортъ часть корабельнаго груза, чтобы спасти корабль и остатокъ груза.

Но съ самимъ дѣйствіемъ соединяется (ограниченная) обязанность возмѣщенія убытковъ со стороны тѣхъ, въ качествѣ представителя которыхъ дѣйствовалъ корабельщикъ, и чьи имущества его дѣйствіемъ были спасены.

Этимъ опредѣленіямъ морского права по своему обоснованію родственны общегражданскіе (Landesgezetze) законы объ отчужденіи частной собственности въ публичномъ интересѣ путемъ „экспропріаціи" за опредѣленное вознагражденіе *).

Сюда же относится отвѣтственность за убытки земельныхъ собственниковъ, причиненные имъ пользованіемъ ихъ владѣніями для воинскихъ упражненій.

---

*) Ст. 575—608, т. Х Свода Зак. по русскому праву. *Ред.*

§ 695.

Тотъ, кто при опасности для жизни (при наводненіи или пожарѣ) спасается съ помощью дѣйствій, заключающихъ въ себѣ поврежденіе чужой собственности, право нарушаетъ. Право однако не можетъ намъ повелѣть разумнымъ образомъ предпочесть смерть поврежденію чужихъ вещей. Но обстоятельства, въ данномъ случаѣ исключающія вину, вовсе не говорятъ противъ возникновенія обязанности со стороны дѣйствовавшаго возмѣстить убытокъ.

По римскому праву впрочемъ обоснованіе обязанности возмѣщенія въ подобныхъ случаяхъ крайней необходимости представляетъ затрудненія. Но, то обстоятельство, что при указанныхъ условіяхъ устраненіе обязанности возмѣщенія матеріально не оправдывалось-бы, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія.

Въ согласіи съ изложеннымъ взглядомъ Гражд. Ул. объявляетъ вторженіе въ чужую имущественную сферу, послѣдовавшее при условіи крайней необходимости, дозволеннымъ, но все-таки возлагаетъ (по крайней мѣрѣ въ извѣстномъ объемѣ въ § 904, иначе однако въ § 228) на дѣйствующаго обязанность возмѣщенія убытковъ.

v. Tuhr, Notstand im Civilrecht 88. Moriaud, De la justification du délit par l'etat de nécessité, Genève 89. R. Merkel, 1. cit. Titze, Die Notstandsrechte im B. und ihre geschichtliche Entwicklung, 97 (къ сему R. Merkel въ krit. Vierteljahrsschr. 41).

§ 696.

Въ этихъ упомянутыхъ подъ b) случаяхъ имѣются коллизіи интересовъ, при которыхъ получаютъ значеніе два нижеслѣдующія соображенія:

1. Съ точки зрѣнія цѣлаго является желательнымъ, чтобы болѣе значительный интересъ восторжествовалъ; поэтому дѣйствія, которыми таковой осуществляется, не могутъ быть разумнымъ образомъ воспрещены отъ имени названнаго цѣлаго. [Эта-же самая мысль кроется также въ случаяхъ приведенныхъ подъ а) въ §§ 690, 91, между тѣмъ какъ случаи упомянутые въ § 692 подходятъ только подъ точку зрѣнія цифры 2. Эту же мысль можно формулировать какъ точку зрѣнія *«преобладающаго интереса»*, R. Merkel 1 cit. 49 ff].

2) Соотвѣтствуетъ справедливости, чтобы тотъ, чей интересъ въ такихъ случаяхъ торжествуетъ, насколько это возможно, возмѣщалъ-бы убытки того, на чей счетъ подобное совершается.

Если мы выразимъ это соображеніе въ болѣе общемъ видѣ, въ томъ смыслѣ, что каждый долженъ нести издержки осуществленія своихъ интересовъ, то бросится въ глаза то обстоятельство, что подъ нее подходитъ также мысль, формулированная въ § 693 и вмѣстѣ съ тѣмъ совокупность опредѣленій, принятыхъ во вниманіе въ §§ 689—695 (см. § 680 подъ 2). [Принципъ отвѣтственности *«активнаго интереса»*, R. Merkel 1 cit. 144 ff].

Выставленная точка зрѣнія имѣетъ значеніе для многихъ законодательныхъ задачъ. Укажемъ въ данномъ случаѣ одну изъ нихъ. Она касается

вознагражденія невинно осужденныхъ и наказанныхъ, какъ и лицъ невинно въ теченіе долгаго времени содержавшихся въ заключеніи. Что такое вознагражденіе соотвѣтствуетъ чувству справедливости германскаго народа въ настоящее время, при томъ также и въ такихъ случаяхъ, гдѣ ничья виновность не можетъ быть доказана, въ этомъ едва-ли можетъ быть сомнѣніе. Что-же касается того обстоятельства, что требованіямъ указаннаго чувства тѣмъ не менѣе такъ долго медлили дать практическое выраженіе въ законахъ имперіи, имѣетъ свое основаніе отчасти (хотя также не исключительно) въ томъ, что не умѣли обосновать ихъ догматически - юридически. Дѣйствительно, исходя изъ господствовавшаго до сихъ поръ мнѣнія, что обязанность вознагражденія всюду можетъ быть основана только на виновности (§ 693 А.), нельзя подыскать никакого оправданія и пониманія упомянутыхъ выше требованій, между тѣмъ какъ при предлагаемой здѣсь точкѣ зрѣнія и то и другое дается само собою. Государство не можетъ выполнить поставленной ему задачи наказанія преступниковъ безъ того, чтобы оружіемъ, обращеннымъ противъ виновныхъ, иногда не поражать лицъ невинныхъ. Въ послѣднемъ случаѣ невиновные помимо воли несутъ часть издержекъ, отъ уплаты которыхъ зависитъ достиженіе государственныхъ цѣлей. Совершенно также какъ тотъ, кто долженъ отдать свое имущество, потому что въ немъ нуждается государство для своихъ цѣлей (§ 694 А.). Разница только въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ собственнику тотчасъ могутъ быть вымѣщены убытки, между тѣмъ какъ невинно осужденному вознагражденіе можетъ быть представлено только позднѣе, послѣ того какъ благопріятный случай выяснилъ истину, при чемъ важнѣйшія изъ принимаемыхъ во вниманіе благъ (здоровье, свобода и честь) должны остаться безъ вознагражденія. Въ этомъ болѣе неблагопріятномъ положеніи невинно-осужденнаго нельзя все-таки дѣйствительно найти ни какого основанія для того, чтобы не обращаться съ нимъ въ предѣлахъ возможнаго такъ-же, какъ и съ вышеупомянутымъ собственникомъ, и не возмѣстить ему также тѣ блага, которыя онъ долженъ былъ пожертвовать ради государственныхъ интересовъ, (поскольку они могутъ найти выраженіе въ имущественныхъ цѣнностяхъ).

Сравни Имперскій законъ о вознагражденіи лицъ оправданныхъ путемъ, возобновленія (см. § 808) уголовнаго процесса. Законъ 28 мая 1898 г.

Сравни относительно разсмотрѣнныхъ подъ III вопросовъ, кромѣ литературы, приведенной въ § 688 и 695: E. Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat-und Staatsrecht 79. Rupp, Modernes Recht und Verschuldung 80. Pfaff, Zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht 80. Eine Ergänzung dazu 81.—G. Meyer, Das Recht der Expropriation 68. Grünhut, Das Enteignungsrecht 73.—Geyer, Ueber die den unschuldig Angeklagten oder Verurteilten gebührende Entschädihung 82. Verhandlungen des 16. d. Jurissentags. A. Merkel, Referat auf dem 22 d. Juristentag (Sammlung 759).

ПЯТЫЙ ОТДѢЛЪ.

Семейное право (Семейное право въ тѣсномъ смыслѣ и семейное имущественное право).

§ 697.

Семейное право содержитъ многочисленныя правовыя положенія чисто принудительнаго характера. Причины тому должно искать отчасти:

a) въ интересахъ членовъ семьи, отчасти

b) въ публичныхъ интересахъ, которые при регулированіи семейныхъ отношеній являются непосредственно затронутыми.

R. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 2 Bde. 63—74. Schulte, Handb. des Katholischen Eherechts 54. R. Sohm, Das Recht der Eheschliessung 75; онъ-же, Trauung und Verlobung 76. Friedberg, Verlobung und Trauung 76. v. Scheurl, Entwicklung des Kirchlichen Eheschliessungsrechts 77. R. Schröder, Das eheliche güterrecht nach dem B., 2. A. 99.

§ 698.

Къ a) Интересы участвующихъ въ этихъ отношеніяхъ затрогиваются столь исчерпывающимъ и интензивнымъ образомъ, при этомъ сами лица являются въ такой большой зависимости другъ отъ друга и въ тоже время въ столь различной мѣрѣ способны охранять свои интересы въ отношеніи другъ къ другу, что охраняющее вмѣшательство при посредствѣ безусловно принудительныхъ нормъ соотвѣтствуетъ задачамъ, поставленнымъ современному государству въ отношеніи къ его подданнымъ.

Нѣкоторыя опредѣленія этой части права имѣютъ цѣлью частью въ раздробь, частью въ цѣломъ охрану слабѣйшихъ изъ участвующихъ, т.-е. женщинъ и преимущественно дѣтей. Право, предоставляя главѣ семьи по отношенію къ членамъ ея сообразно естественнымъ условіямъ извѣстную власть, въ то же время заботится при посредствѣ принудительныхъ нормъ о томъ, чтобы этою властью не злоупотребляли.

Современное право въ данномъ отношеніи представляетъ собою противоположность праву древнѣйшему, въ особенности римскому. Послѣднее предоставляло главѣ семьи почти неограниченную власть надъ своими домочадцами.

Въ то время какъ современное государство становится ко всѣмъ въ одинаковое непосредственное отношеніе, всѣхъ равномѣрно ставитъ подъ свою власть и попеченіе, въ древнѣйшемъ государствѣ часть этой теперь государственной власти и попеченія находилось у семьи и ея главы. Если эту противоположность провести рѣзче и въ большемъ объемѣ, то можно сказать, что современное государство слагается изъ индивидовъ, въ то время какъ древнее слагалось изъ семействъ и семейныхъ союзовъ.

§ 699.

Къ d) Способъ, какимъ слагаются семейныя отношенія, затрогиваетъ основы государственной жизни. Сила же и единство послѣдней зависятъ отъ того, что строй этихъ отношеній находится въ согласіи съ нравственными воззрѣніями народа и потребностями государства.

Съ правомъ въ указанной области конкурируютъ въ особенности значительнымъ образомъ прочія этическія силы, и границы, въ которыхъ право движется въ соотношеніи съ этими силами и въ которыхъ оно предоставляетъ правамъ, нравственности и религіи проявлять свою силу въ образованіи разсматриваемыхъ отношеній безъ дозволенія и безъ контроля съ его стороны, характерны для общаго отношенія права къ этимъ силамъ. Спеціально подобное положеніе имѣетъ значеніе въ отношеніи права къ религіи и къ церковнымъ установленіямъ.

§ 700.

Въ Германіи семейное право въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ было единообразно регулировано еще до изданія Гражданскаго Улож. (въ особенности имперскимъ закономъ 6 февраля 1875 г. о документахъ личнаго состоянія и о заключеніи брака), при чемъ большею частью оно входило въ парти-

кулярное право отдѣльныхъ государствъ. Съ вступленіемъ въ силу Граж. Улож. семейное право принципіально сдѣлалось правомъ общимъ [1]).

§ 701.

Семейное право имѣетъ своимъ предметомъ:

1) бракъ,
2) отношенія между родителями и дѣтьми,
3) отношенія между опекунами и опекаемыми,
4) отношенія, вытекающія изъ родства и свойства, какъ таковыхъ.

§ 702.

1) *Брачное право* имѣетъ своимъ предметомъ какъ заключеніе и прекращеніе брака, такъ и формы личныхъ и имущественныхъ отношеній супруговъ во время существованія брака.

Бракъ въ смыслѣ современнаго права есть исключительнаго характера соединеніе двухъ лицъ различнаго пола, при ясно выраженномъ намѣреніи длительнаго сожительства и признанія его государствомъ.

Отношеніе можетъ имѣть прочіе признаки, но не имѣть признанія со стороны государства. Напр., конкубинатъ или бракъ, ничтожный съ точки зрѣнія права государства, но считаемый дѣйствительнымъ его участниками.

§ 703.

Бракъ подготовляется (обрученіемъ) помолвкою, которое имѣетъ содержаніемъ будущее заключеніе брака. По Гражд. Ул., какъ и по римскому праву, нельзя на основаніи помолвки требовать по суду заключенія брака; выполненіе его не можетъ быть также вынуждено косвенно угрозой наказанія. За то на того обрученнаго, который безъ доказанной уважительной причины нарушилъ обѣщаніе жениться, подаетъ обязанность вознагражденія противной стороны.

§ 704.

Прежде государственное признаніе брака зависѣло отъ содѣйствія церковныхъ органовъ при самомъ заключеніи брачнаго союза (церковное вѣнчаніе въ противоположность гражданскому).

У католиковъ для возникновенія брака (со времени Тридентскаго собора, 1545—63) рѣшающимъ моментомъ является заявленіе о желаніи заключить бракъ передъ соотвѣтствующимъ священникомъ и двумя свидѣтелями, у протестантовъ сговоръ супруговъ получаетъ значеніе при участіи духовнаго лица ихъ вѣроисповѣданія.

Въ настоящее время въ Германіи содѣйствіе церкви при основаніи брака, сообразно идущему впередъ обособленію права государства и церкви, ограничено только церковнымъ значеніемъ [2]).

---

[1]) Русское семейное право изложено по преимуществу въ X т. Зак. Гр. ч. I. ст. 1—381.

[2]) Русское право признаетъ бракъ только съ совершеніемъ церковнаго обряда. Ред.

§ 705.

Въ настоящее время изъявленіе воли обѣихъ сторонъ о заключеніи брака должно послѣдовать непремѣнно лично и при одновременномъ присутствіи помолвленныхъ предъ государственнымъ чиновникомъ, чиновникомъ «гражданскаго состоянія». (Vor dem Standesbeamten) (принципъ *«обязательности гражданскаго брака»*, проведенный упомянутымъ имперскимъ закономъ 75 года, поддержанный въ Гр. Ул.).

По закону о личномъ состояніи бракъ заключался заявленіемъ „чиновника гражданскаго состоянія", присоединявшагося къ заявленію обрученныхъ, и удостовѣрявшаго, что они теперь въ силу закона—супруги, связанные правомѣрно другъ съ другомъ. Напротивъ, по взгляду Гражд. Ул., бракъ происходитъ вслѣдствіе заявленій самихъ помолвленныхъ, при томъ условіи, что эти заявленія по существу должны быть сдѣланы „передъ" чиновникомъ „гражданскаго состоянія", при чемъ послѣдній долженъ быть „готовъ" къ принятію таковыхъ заявленій. Слѣдовательно, въ настоящее время недостаточно одного только пассивнаго присутствія, каковымъ, согласно Тридентскому собору, является (см. предъидущій §) присутствіе священника.

§ 706.

Дѣйствительность заключенія брака связана съ особыми условіями.

«Брачныя препятствія» распадаются по своему юридическому значенію на *impedimenta «dirimentia»*, «разлучающія», влекущія за собою недѣйствительность заключеннаго брака, и *impedimenta «impedientia tantum»*, при наличности которыхъ бракъ, хотя не можетъ быть заключенъ, но заключенный, несмотря на это, все-же остается въ силѣ.

Примѣры impedimenta dirimentia: близкое родство, существованіе прежняго брака заблужденіе относительно извѣстныхъ личныхъ свойствъ другой стороны, важныхъ по существу брака.

Впрочемъ, взглядъ на значеніе отдѣльныхъ препятствій къ совершенію брака въ законодательствѣ измѣнился. Такъ, брачное несовершеннолѣтіе для вступающихъ въ бракъ у мужского пола теперь продолжаются до совершеннолѣтія (см. § 716), у женскаго пола—до достиженія исполнившихся 16 лѣтъ,—прежде составляло imp. derimens по Гр. Ул. только еще imp. impediens *).

§ 707.

Существованіе брака изъято отъ произвола супруговъ; его прекращеніе допускается только по извѣстнымъ, объективно опредѣленнымъ причинамъ. Эти причины прекращенія впервые регулированы въ смыслѣ общаго права Гражд. Ул.

§ 708.

Гр. Ул. на ряду съ «расторженіемъ» брака, какъ правовой связи, въ собственномъ смыслѣ къ расторженію допустимой только въ виду опре-

*) Брачное совершеннолѣтіе жениха по русскому праву 18, а невѣстѣ 16 л. Исключеніе для жителей Закав. края. Въ исключительныхъ случаяхъ архіереямъ предоставляется уменьшить срокъ совершеннолѣтія, но не болѣе какъ на полъ года. Т. X, Св. Зак., ч. I, ст. 3.

дѣленныхъ точно ограниченныхъ причинъ, предусматриваетъ по одинаковымъ причинамъ простое прекращеніе брачнаго общенія безъ одновременнаго разрушенія правовой связи, «отлученіе отъ стола и ложа», въ теченіе котораго запрещается вступать въ новый бракъ.

Въ этомъ заключается предупредительность по отношенію къ ученію католической церкви, вовсе не допускающей расторженія брачныхъ узъ (вслѣдствіе ихъ характера таинства).

Но отлученіе отъ стола и ложа можетъ замѣнить разводъ только по обоюдному соглашенію супруговъ, при чемъ однако впослѣдствіи по требованію каждой стороны такое отлученіе можетъ превратиться въ разводъ.

§ 709.

Разводъ, какъ и отлученіе отъ стола и ложа, могутъ, по Гр. Ул. быть опредѣлены по жалобѣ одного супруга на другого только судебнымъ приговоромъ.

Напротивъ, разводъ на основаніи взаимнаго соглашенія супруговъ, въ различномъ объемѣ допускаемый прежними партикулярными правами, большинство участвовавшихъ въ составленіи Гр. Ул. (Die Mehrheit mitwirkenden Gesetzgebungsfactoren) нашло нужнымъ исключить.

§ 710.

При регулированіи личныхъ отношеній супруговъ современное право исходитъ изъ принципа равноправности. Жена не находится болѣе ни подъ какой «половою опекою» или властью супруга властелина и черезъ замужество болѣе не стѣсняется въ своей дѣеспособности. Но съ другой стороны жена по Гражд. Ул. также обязана содержать мужа, находящагося въ нуждѣ.

Точно также мужу въ дѣлахъ общей супружеской жизни, напр. при опредѣленіи мѣстожительства, предоставляется рѣшающій голосъ, поскольку только его рѣшеніе не является злоупотребленіемъ своимъ правомъ.

Общая власть представительства Гражд. Ул. не признана ни за однимъ изъ супруговъ, но въ предѣлахъ своего домашняго круга дѣятельности жена имѣетъ право представлять мужа.

§ 711.

Правовыя опредѣленія, касающіеся имущественныхъ отношеній супруговъ, въ противоположность опредѣленіямъ, регулирующимъ личныя отношенія, имѣютъ только восполняющій (диспозитивный) характеръ, т. е. они опредѣляютъ только то, что должно имѣть силу при отсутствіи опредѣленій по договору, и то, какъ должно въ случаѣ сомнѣнія толковать и пополнять соглашенія, могущія встрѣтиться при брачномъ договорѣ.

Въ такомъ смыслѣ въ Германіи примѣняются различныя системы брачнаго имущественнаго права.

§ 712.

Важнѣйшія изъ этихъ системъ:

1) Система простой «*общности управленія*», Verwaltungsgemeinschaft, когда имущество супруговъ по праву остается раздѣльнымъ, но управленіе и пользованіе имъ подчинено мужу, который долженъ за то нести брачныя издержки. По окончаніи «общности управленія» мужъ долженъ выдать субстанцію имущества жены и отвѣтствовать за управленіе имъ. Излишекъ супружескаго хозяйства принадлежитъ мужу; съ другой стороны онъ несетъ опасность дефицита, такъ какъ имущество жены не должно «ни рости, ни исчезать».

2) Система *полной общности имуществъ*, когда имущество супруговъ во всѣхъ частяхъ признается общимъ. Это «совокупное имущество» находится въ управленіи мужа, который имъ покрываетъ сопряженныя съ брачнымъ сожительствомъ издержки. По окончаніи этой общности возможный излишекъ общаго имущества, остающійся по уплатѣ общихъ долговъ, дѣлится пополамъ между супругами (или пережившимъ супругомъ и наслѣдниками покойнаго).

При наличности общихъ потомковъ по Гражд. Улож. эта общность обыкновенно всетаки продолжается между наслѣдниками покойнаго и пережившимъ супругомъ («продолженная общность имуществъ»).

3) Система *частичной* общности имуществъ, по которой только извѣстныя имущества становятся общими, именно, или только пріобрѣтенныя во время брака—«общность пріобрѣтеннаго»—или только движимыя—«общность движимаго» (Fahrnissgemeinschaft).

4) При системѣ *раздѣльности имуществъ* [1]), имущество обоихъ супруговъ остается раздѣльнымъ не только въ смыслѣ права, но кромѣ того жена сохраняетъ за собою также свободное управленіе и пользованіе своимъ добромъ; ея участіе въ брачныхъ издержкахъ ограничивается соразмѣрною долею, которую она должна представлять мужу изъ своихъ доходовъ и своего заработка.

Эта система по своей основной мысли соотвѣтствуетъ римской правовой дотальной системѣ (dos—имущество, принесенное женою мужу для облегченія тягостей брака), но всетаки безъ особенностей послѣдней.

Гр. Ул. приняло „общность управленія", какъ „законное имущественное право" въ томъ смыслѣ, что, если супруги не избрали въ брачномъ договорѣ другой системы, то вступаетъ для регулированія ихъ имущественныхъ отношеній послѣдняя.

При этомъ все-таки важныя составныя части имущества жены—въ особенности ея самостоятельное пріобрѣтеніе—исключаются изъ управленія и пользованія мужа (ея „оставленное за собою имущество"), и для распоряженій относительно находящагося въ его управленіи прочаго имущества жены („принесеннаго" ею) мужъ по большей части нуждается въ ея согласіи.

---

[1]) По русскому праву бракъ не устанавливаетъ какой либо общности имущества. Т. X св. зак., ст. 109.

§ 713.

2) Родители по отношенію къ дѣтямъ находятся въ отношеніи правового верховенства. При этомъ отецъ занимаетъ преобладающее положеніе.

По римскому праву отецъ обладалъ обширною властью надъ дѣтьми (patria potestas). Гражд. Улож., хотя и исходитъ изъ понятія общей «родительской власти», но осуществленіе ея представляетъ во время состоянія брака нормальнымъ образомъ отцу.

§ 714.

Въ то время какъ patria potestas по существу была основана въ интересѣ отца семейства, по современному воззрѣнію (§ 698 А.) основаніе и размѣръ родительской власти заключаются преимущественно въ интересахъ дѣтей.

Согласно сему содержащіяся въ родительской власти права имѣютъ обратной стороною соотвѣтствующія обязанности. Отецъ подлежитъ отвѣтственности, если онъ въ дѣлахъ своего ребенка примѣняетъ не ту же заботливость, какъ въ своихъ собственныхъ. Онъ находится подъ надзоромъ «опекунскаго суда» и нуждается въ отношеніи извѣстныхъ болѣе важныхъ юридическихъ сдѣлокъ за ребенка въ разрѣшеніи этого суда.

§ 715.

Эта родительская власть обнимаетъ заботу о личности ребенка—въ особенности его воспитаніе, равно какъ и управленіе и пользованіе возможнымъ особымъ имуществомъ ребенка, наконецъ представительство интересовъ малолѣтняго извнѣ.

§ 716.

Различное пониманіе задачъ родительской власти повело за собою различное ограниченіе ея продолжительности: patria potestas простиралась на все время жизни отца, если ранѣе онъ не пожелалъ освободить ребенка изъ подъ своего господства (emancipatio). По германскому правовому воззрѣнію отеческая власть уничтожалась такими фактами, при которыхъ не проявляется болѣе интереса въ ея существованіи со стороны дѣтей. (Основаніе собственной семьи, замужество дочерей, совершеннолѣтіе).

По Гражд. Улож. сила отеческой власти продолжается до совершеннолѣтія ребенка, которое наступаетъ съ исполненіемъ 21 года, если только «объявленіе совершеннолѣтнимъ» не послѣдовало раньше при посредствѣ опекунскаго суда.

§ 717.

Изъ имущественно-правовыхъ отношеній между родителями и дѣтьми, не зависящими отъ родительской власти, можно упомянуть взаимныя при-

тязанія на содержаніе, право дочерей, выходящихъ замужъ, на соотвѣтственное приданое и взаимныя наслѣдственно-правовыя притязанія.

§ 718.

Незаконный ребенокъ по отношенію къ матери имѣетъ то же юридическое положеніе, какъ и законный. Относительно отца онъ имѣетъ только притязаніе на содержаніе, при чемъ для вопроса объ отцовствѣ выставляется законное предположеніе на основаніи данныхъ опыта о продолжительности времени зачатія.

Кругъ законныхъ дѣтей въ положительномъ законодательствѣ ограниченъ различно; такъ Гр. Ул. въ число законныхъ включаетъ при извѣстныхъ предположеніяхъ также уже зачатыхъ до заключенія брака, если только дѣти родились при существованіи брака.

Незаконнорожденный ребенокъ можетъ впослѣдствіи при посредствѣ брака своихъ родителей или посредствомъ объявленія о законности со стороны государственной власти достичь юридическаго положенія законнаго (узаконеніе) *).

Точно также любое чужое дитя можетъ получить юридическое положеніе законнаго ребенка путемъ юридической сдѣлки „принятія вмѣсто ребенка" (усыновленія), которое все-таки (во избѣжаніе злоупотребленій) соединено съ нѣкоторыми затрудняющими сдѣлку условіями.

§ 719.

3) Родительской власти, родственна *опекунская*, поскольку она имѣетъ свое основаніе и размѣръ въ интересахъ ей подчиненныхъ лицъ.

Опекунство учреждается для такихъ несамостоятельныхъ лицъ, которыя не находятся болѣе подъ родительскою властью: для оставшихся послѣ брака законныхъ малолѣтнихъ дѣтей, въ особенности для оставшихся послѣ смерти обоихъ родителей, и для совершеннолѣтнихъ въ случаѣ признанія ихъ несовершеннолѣтними (это признаніе можетъ быть опредѣлено судомъ вслѣдствіе душевной болѣзни, расточительности и пьянства).

§ 720.

4) Отношенія между другими родственниками принимаются правомъ во вниманіе отчасти, какъ основанія для притязаній (притязаній на содержаніе, притязаній наслѣдственно правовыхъ), отчасти, какъ основанія для ограниченій (напр. для вступленія въ бракъ), отчасти наконецъ, какъ основанія для льготъ относительно обязанностей процессуальнаго права (напр., обязанности давать показанія) и относительно извѣстныхъ уголовныхъ законовъ (напр., законовъ объ облегченіяхъ для преступниковъ по отношенію къ уголовному правосудію).

Подобное же вниманіе, однако въ меньшемъ объемѣ, отдается свойству (т. е. отношенію одного супруга къ родственникамъ другого).

---

*) Объ узаконеніи и усыновленіи по русскому пр. см. ст. 144[1]—163 т. X, ч. I. Св. Зак.

ШЕСТОЙ ОТДѢЛЪ.

Наслѣдственное право.

§ 721.

Если собственникъ земельнаго участка умираетъ, то послѣдній отъ того не становится безхозяйнымъ имѣніемъ. Обыкновенно, согласно опредѣленнымъ принципамъ права мѣсто умершаго заступаетъ другое лицо, которое «вступаетъ» во всѣ права, прежняго собственника, при чемъ самыя права продолжаютъ существовать въ лицѣ преемника въ прежнемъ видѣ.

Подобнымъ же образомъ громадное большинство имущественныхъ правъ и точно также имущественно-правовыхъ обязательствъ не разрушается со смертью ихъ правообладателя или обязаннаго лица, но обыкновенно поддерживается урегулированнымъ вступленіемъ другихъ вмѣсто умершаго.

Этимъ устанавливается порядокъ и непрерывность въ области имущественныхъ отношеній и хозяйственной жизни.

Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts 62, 64; онъ-же, Lehrbuch des heut. Erbrechts 86 ff. Tewes, System des Erbrechts 63 f. Schirmer. Handb. des röm. Erbrechts 63. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung 24 ff. Siegel, Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters 53. Unger, System des österreich. allgem. Privatr. Bd. 6, 4. A. 94. Strohal, Das deutsche Erbrecht auf. grundlage des bürgerl. Gesetzbuchs, 2. A. 1900. Lassalle, System der erworbenen Rechte. v. Mioskowski, Das Erbrecht und die Grundeihentumsverteilung im Deutschen Reich 82, 84.

§ 722.

Въ отношеніи отвѣта на вопросъ, какія лица должны вступать въ права умершаго, право выводитъ слѣдствія:

1) изъ юридическаго положенія, которое оно предоставляло живому въ области имущественныхъ отношеній,

2) изъ предположеннаго санкціонированнаго имъ строя семейныхъ отношеній,

§ 723.

Къ 1. Юридическому положенію, предоставляемому индивиду современнымъ правомъ, соотвѣтствуетъ то обстоятельство, что упомянутое право въ отношеніи распоряженія своими имущественными правами на случай смерти не только не лишаетъ этого индивида той власти, которая при жизни принадлежитъ ему въ самомъ широкомъ объемѣ, но въ данномъ случаѣ признаетъ за нимъ рѣшающее вліяніе на судьбу этихъ правъ (§ 733 и сл.).

Въ соотношенія принимаемыхъ во вниманіе интересовъ въ настоящемъ случаѣ не существуетъ никакой противоположности. Тѣже основанія, которыя предоставляютъ индивиду господство надъ объектами имущества въ смыслѣ нашего частнаго права при жизни, говорятъ за распространеніе такового господства и на случай смерти.

Интересъ, который я имѣю въ заботѣ о близко ко мнѣ стоящемъ человѣкѣ, интересъ уплаты долга благодарности, возможности обращенія пріобрѣтеннаго мною имущества на служеніе опредѣленнымъ гуманнымъ цѣлямъ остается тотъ-же, идетъ-ли при томъ дѣло о теперь-же наступающей или только позднѣе начинающейся дѣятельности и будетъ-ли въ послѣднемъ случаѣ опредѣленъ для этого срокъ по календарю или въ зависимости момента моей смерти. Также основанія, которыя говорятъ въ пользу того, чтобы подобнымъ интересамъ была-бы обезпечена возможность удовлетворенія въ указанныхъ случаяхъ, вполнѣ одинаковы. При обоснованіи права распоряженій на случай смерти расточали много усилій надъ затрудненіями, созданными собственными же усиліями, и возились съ „конструкціями", въ которыхъ имѣется только воображаемая потребность.

§ 724.

Къ 2) Въ опредѣленіяхъ наслѣдственнаго права прежде всего получаетъ далѣе свое выраженіе значеніе, придаваемое при данныхъ культурныхъ условіяхъ связи, соединяющей членовъ семьи и родственниковъ, а затѣмъ юридическія и нравственныя обязательства живущаго по отношенію къ своимъ близкимъ.

Обязательство, которое въ данномъ обществѣ и согласно господствующимъ нравственнымъ воззрѣніямъ падаетъ на родителей въ смыслѣ заботы соотвѣтственно ихъ средствамъ и ихъ обстоятельствамъ о благѣ своихъ дѣтей, не ограничивается въ своемъ значеніи смертью родителей. Форма, въ которой осуществляются интересы дѣтей относительно этихъ средствъ, измѣняется вслѣдствіе факта смерти, но основанія для ихъ осуществленія остаются тѣ-же. Въ подобномъ-же смыслѣ у другихъ родственниковъ умершаго вмѣсто притязаній правовыхъ или даже только нравственнаго характера, которыя при данныхъ условіяхъ они могли предъявить къ живымъ, въ извѣстныхъ случаяхъ оказываются притязанія относительно имущества умершаго, права наслѣдственныя.

§ 725.

Среди лицъ, въ случаѣ смерти вступающихъ въ права умершаго, должно отличать «наслѣдника» отъ возможныхъ «получателей по завѣщанію».

§ 726.

Наслѣдникъ есть «универсальный преемникъ», т. е. онъ общимъ образомъ заступаетъ мѣсто умершаго въ области имущественныхъ отношеній, при чемъ вслѣдствіе одного факта наслѣдованія переходятъ на него всѣ какъ права, какъ и долги цѣликомъ, поскольку относительно нѣкоторыхъ изъ нихъ не сдѣлано другихъ имѣющихъ силу опредѣленій.

Понятію универсальнаго преемства не противорѣчитъ существованію по тому же самому наслѣдству сразу нѣсколькихъ наслѣдниковъ. Здѣсь наслѣдство переходитъ къ „сонаслѣдникамъ", въ образѣ одного недѣлимаго цѣлаго, сообща „къ совокупной рукѣ" (zur gesamten Hand), и каждый наслѣдникъ можетъ распоряжаться только долею общаго наслѣдства (но см. § 728, прим.).

§ 727.

Этотъ переходъ имущества въ его цѣломъ къ наслѣднику совершается или только на основаніи акта его воли, «принятіемъ» наслѣдства (въ та-

комъ случаѣ возникаетъ промежуточная стадія между смертью наслѣдодателя и вступленіемъ наслѣдника, время «покоющагося наслѣдства» (hereditas jacens)—такъ обыкновенно происходило по римскому праву—или на основаніи самого открытія наслѣдства, какъ факта, наступающаго безъ проволочекъ со дня смерти наслѣдователя; однако, и въ этомъ случаѣ всетаки сохраняется право наслѣдника отказаться отъ наслѣдства путемъ «отказа» отъ него—таково положеніе вопроса по Германскому праву и по Гражд. Улож.

§ 728.

Переходъ долговъ наслѣдодателя на наслѣдника былъ-бы для него тягостенъ, если-бы онъ всегда долженъ былъ-бы отвѣчать за нихъ, какъ за свои собственные, своимъ собственнымъ имуществомъ (не принадлежащимъ къ наслѣдству). Поэтому уже римское право, а также и большинство новѣйшихъ партикулярныхъ правъ предоставили наслѣднику возможность своевременнымъ составленіемъ точнаго инвентаря наслѣдства ограничить свою отвѣтственность его активомъ, т. е. его стоимостью.

Хотя по Гражд. Улож. простое составленіе инвентаря не ограничиваетъ еще отвѣтственности наслѣдника, но за то названный источникъ открылъ ему различные другіе пути къ достиженію того-же результата отвѣтственности, ограничивающейся однимъ наслѣдствомъ.

Изъ сонаслѣдниковъ каждый принципіально отвѣчаетъ за общіе долги по наслѣдству, въ качествѣ одного изъ солидарныхъ должниковъ (§ 640).

§ 729.

Частичный наслѣдникъ по завѣщанію есть только «сингулярный преемникъ»: онъ вступаетъ лишь въ отдѣльныя права умершаго.

Онъ пріобрѣтаетъ предметъ завѣщанія (напр., собственность въ завѣщанной вещи) или непосредственно съ открытіемъ наслѣдства—напр., при legatum per vindicationem по римскому праву—или посредственно, причемъ онъ ближайшимъ образомъ пріобрѣтаетъ только право требованія по отношенію къ лицу обязанному завѣщаніемъ на выдачу этого предмета (напр., на доставленіе собственности въ завѣщанной вещи)—таково положеніе дѣла по Гражд. Улож.

За долги наслѣдодателя онъ не отвѣчаетъ.

§ 730.

Наслѣдникъ опредѣляется или непосредственно закономъ—наслѣдованіе по *закону*, или волею наслѣдодателя, выраженною при жизни имѣющимъ юридическую силу образомъ въ формѣ «распоряженія на случай смерти»—*произвольное* наслѣдованіе.

§ 731.

Гдѣ имѣетъ мѣсто наслѣдованіе по закону, тамъ призываются къ наслѣдованію ближайшіе родственники наслѣдодателя въ опредѣленномъ

порядкѣ. При этомъ нисходящіе всегда предшествуютъ другимъ родственникамъ. Въ остальномъ не существуетъ единства.

Порядокъ наслѣдованія по Гр. Ул. основывается на распредѣленіи родственниковъ по „разрядамъ“ (Parentelen), при чемъ подъ разрядомъ разумѣютъ лицъ, связанныхъ общимъ родоначальникомъ. За первымъ разрядомъ нисходящихъ слѣдуютъ въ качествѣ 2 разряда родители наслѣдодателя и ихъ нисходящіе; въ качествѣ 3 разряда его дѣдъ и бабка и ихъ нисходящіе и т. д. безъ ограниченій. Въ предѣлахъ 3 первыхъ разрядовъ болѣе дальніе нисходящіе заступаютъ мѣсто своего предка, не достигшаго наслѣдства („право вступленія“) и получаютъ вмѣстѣ ту часть, которая причиталась бы этому послѣднему (наслѣдованіе по колѣнамъ). Напротивъ, въ предѣлахъ дальнѣйшихъ разрядовъ дѣло просто рѣшается степенью близости родства съ наслѣдодателемъ.

§ 732.

Въ прежнее время при наслѣдованіи очень различно было отношеніе къ пережившему супругу. По римскому праву (какъ и по французскому) переживпій супругъ слѣдовалъ послѣ всѣхъ могущихъ наслѣдовать родственниковъ покойнаго супруга.

Гражд. Улож. напротивъ предоставляетъ ему право наслѣдовать наряду съ ближайшими родственниками и исключать болѣе дальнихъ родственниковъ.

§ 733.

Передъ законнымъ порядкомъ наслѣдованія имѣетъ въ извѣстныхъ границахъ преимущество произвольный: первый наступаетъ вообще только тогда, когда со стороны наслѣдодателя не было сдѣлано распоряженія о наслѣдствѣ при посредствѣ завѣщанія или договора.

Древнѣйшее германское право не знало вообще произвольнаго наслѣдованія (deus solus heredes facit). Оно не согласовалось съ положеніемъ, которое отдѣльное лицо занимало въ своей семьѣ и въ кругу родни. Наоборотъ, римское право ставило на первый планъ наслѣдованіе по завѣщанію и допускало наслѣдованіе по закону только вспомогательно. Оно устраняло законное наслѣдованіе даже въ томъ случаѣ, когда въ завѣщаніи было сдѣлано распоряженіе лишь относительно части наслѣдства, при чемъ остальная часть также передавалась наслѣднику по завѣщанію. По Гр. Ул. напротивъ наслѣдованіе по завѣщанію и по закону, каждое на часть наслѣдства, вполнѣ допустимы наряду другъ съ другомъ, если этотъ результатъ соотвѣтствуетъ волѣ завѣщателя.

§ 734.

Тѣмъ не менѣе право распоряженія наслѣдодателя не есть право неограниченное. Именно, онъ не можетъ вполнѣ исключить отъ наслѣдованія ближайшихъ родственниковъ.

Ихъ притязанія, независимыя отъ произвола наслѣдодателя, направлены или на вступленіе въ права наслѣдованія въ качествѣ наслѣдниковъ, («право необходимаго наслѣдованія» римскаго права) или только на полученіе минимальной доли изъ наслѣдства безъ того, чтобы это полученіе должно было послѣдовать именно въ формѣ ввода въ наслѣдство («право обязательной доли» по Гражд. Улож.).

Гр. Ул. обезпечиваетъ нисходящимъ, родителямъ и супругамъ въ качествѣ обязательной части половину стоимости ихъ законной наслѣдственной доли (§ 731); на выплату этой части они имѣютъ право требованія противъ наслѣдниковъ, право, могущее быть отнятымъ только на точно указанныхъ въ законѣ основаніяхъ, тогда какъ сами они могутъ быть устранены отъ наслѣдованія въ собственномъ смыслѣ.

§ 735.

Завѣщаніе есть одностороннее распоряженіе о послѣдней волѣ, т. е. распоряженіе могущее быть отмѣненнымъ наслѣдодателемъ до момента его смерти, если онъ того пожелаетъ.

По римскому праву завѣщаніе должно было прежде всего заключать въ содержаніи своемъ назначеніе наслѣдника. Напротивъ, по германскому словоупотребленію распоряженія этого рода назывались завѣщаніями, хотя бы они содержали только отказы по наслѣдству или семейно правовыя распоряженія. Гражд. Улож. санкціонируетъ это словоупотребленіе и подчиняетъ всѣ распоряженія о послѣдней волѣ, независимо отъ ихъ содержанія, тѣмъ-же самымъ правиламъ.

§ 736.

Дѣйствительность завѣщанія по всѣмъ системамъ права принципіально приведена въ зависимость отъ соблюденія извѣстныхъ формъ (привлеченія свидѣтелей или содѣйствія суда или нотаріуса, занесенія послѣдней воли въ протоколъ или принятія переданнаго завѣщателемъ документа, который иногда долженъ быть подписаннымъ самимъ завѣщателемъ или запечатаннымъ).

Гражд. Улож. наряду съ публичнымъ, т. е. судебнымъ или нотаріальнымъ завѣщаніемъ, заимствовало изъ французскаго права собственноручное частное завѣщаніе, для дѣйствительности котораго достаточно собственноручнаго написанія, помѣтки даты и подписи со стороны завѣщателя.

§ 737.

Въ противоположность римскому праву германское право и вслѣдъ за нимъ Гражд. Улож. допускаютъ также регулированіе наслѣдованія посредствомъ заключеннаго при жизни наслѣдодателя договора, въ которомъ другая договаривающаяся сторона принципіально не отмѣняемымъ образомъ назначается наслѣдникомъ или упоминается въ качествѣ частичнаго наслѣдника по завѣщанію (договоръ о наслѣдствѣ).

Наряду съ тѣмъ Гражд. Улож. знаетъ также договоръ объ отказѣ отъ наслѣдства, въ которомъ имѣющій право на наслѣдство отказывается отъ своего права относительно будущаго наслѣдодателя.

ТРЕТЬЯ ГЛАВА.

Уголовное право.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Вообще.

§ 738.

Уголовное право есть та отрасль матеріальнаго права (§ 383), которая имѣетъ предметомъ наказуемыя дѣянія и наказаніе за нихъ.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Stuttgart, Enke) 89 (къ сему O. Friedmann въ Grünhuts Zeitschr. XXI, 675). Приведенныя въ § 144 и 776 сочиненія Merkel.—Kriminalistische Abhandlungen, Leipzig 67. Liepmann, Bedeutung A. Merkels für Srtafrecht u. Rechtsphilosophie, въ Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XVII, 638. Handbuch des d. Strafr. in Einzelbeiträgen, (изъ которыхъ нѣкоторые принадлежатъ Merkel'ю) kerausg. von Holtzendorff 71 ff. Berner, Lehrb. 18 A. 98. Schütze, Lehrb., 2. A. 74. H. Meyer, Lehrb., 5. A. 95 (сюда-же Merkel, Sammlung 361). v. Wächter, Vorlesungen 81. Hälschner, Das gem. d. Strafr., I, 81, II, 84, 87. Merkel, Ueber d. gem. d. Strafr. v. Hälschner u. den Jdealismus in Strafrechtswissenschaft (Sammlung 429). v. Lisst, Das d. Reichsstrafrecht, 9. A. 99. Bindig, Handbuch des Strafr, 1, 85 (сюда-же Merkel, Sammlung 509); его-же, Grundriss zu Vorlesungen: Allgem. Teil. 5. A. 97. Besonderer Teil („Lehrbuch") 96; онъ-же, Die Normen 1. c. Geyer въ Holtzendorffs Encyclopädie (in der 5. A. ergänzt von Merkel). Коментаріи: Olshausen, 5. A. 97. Oppenhof, 13. A. 96. v.Schwarze, 5. A. 83. Rüdorff-Stenglein, 4. A. 92. Frank 97.—Журналы: Goltdammers „Archiv für preuss. (съ 71 f. gem. deutsches u. preuss). Strafr.", съ 53.—„Der Gerichtssaal", съ 49. „Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft", съ 81. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Stenglein, Lexikon d. d. Strafr, nach den Entsch. d. Reichsgerichts 1900. Внѣ германское уголовное законодательство: D. Strafgesetz-gebung der gegenwart in erchtsvergleichender Darstellung, herausg. v. der Internationalen Kriminalist. Vereinigung 94, 98. Австрія: Lehrb. v. Herbst 82, Janka 94, Finger 91, Lammasch (Grundriss) 99. — Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (von Stoos) 93. Stoos, Grundzüge des Schweizer. Strafr. 92 f. Франція: Ortolan, Elem. d. dr. pénal 86. Garraud. Précis d dr. crim. 87 и Traite th. et pr. 97. — Schuster, Strafr. Englands 94. Wharton. Treatise on the Crim. law. of the United States, Phil. 96.

§ 739.

Уголовное право по своему современному содержанію принадлежитъ къ публичному праву (§ 289).

§ 740.

Важнѣйшія составныя части дѣйствующаго въ Германіи уголовнаго права содержатся въ имперскихъ законахъ, въ качествѣ общаго права.

Между имперскими законами самымъ значительнымъ является Уголовное Уложеніе Германской Имперіи, дѣйствующее на всемъ протяженіи

послѣдней съ января 1872 года. Послѣднее касается также вводнаго закона, который былъ присоединенъ къ уголовному уложенію.

Уголовное уложеніе было обнародовано 31 мая 1870 года, вступило въ дѣйствіе въ области Сѣверо-Германскаго Союза и въ Гессенѣ съ 1 янв. 1871 г., въ Эльзасъ-Лотарингіи съ 1 октября 1871 г., въ Баваріи, Вюртембергѣ и Баденѣ съ 1 января 1872 г.

Merkel, Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Nordd. (f. d. 9. Juristentag, Sammlung 162) 71).

§ 741.

Наряду съ упомянутымъ главнымъ закономъ наиболѣе важнымъ представляется военно-уголовное уложеніе Германской Имперіи, касающееся «воинскихъ преступленій и проступковъ» и дѣйствующее съ 1 октября 1872 г. Къ нему также примыкаетъ вводный законъ.

Кромѣ того многочисленные спеціальные имперскіе законы (напр., имперскій законъ о печати 1874 г.) содержатъ болѣе или менѣе значительныя опредѣленія уголовнаго права.

Hecker, Lehrbuch d. Militärstrafrechts 87.

§ 742.

Къ общему праву примыкаетъ, пополняя его, партикулярное «земское уголовное право».

Послѣднее можетъ простираться на всѣ правонарушенія, которыхъ не касается въ данное время имперское уголовное право.

Тѣмъ не менѣе оно ограничено въ отношеніи средствъ наказанія [1]).

Lehrbuch § 3.

§ 743.

До созданія новаго общаго права дѣйствовали въ большинствѣ германскихъ земель особые уголовные кодексы.

Содержаніе этихъ послѣднихъ было заимствовано преимущественно изъ древнѣйшаго общаго уголовнаго права [2]).

Главные источники этого нѣкогда общаго права были римское право и уголовное уложеніе императора Карла V 1532 года («Каролина»).

Послѣдній законъ заключалъ въ себѣ соединеніе элементовъ туземнаго права съ элементами реципированнаго чужого права и этимъ пріобрѣлъ рѣшающее значеніе для развитія разсматриваемой части права.

Berner, Strafgesetzgebung in Deutschland von 1755 bis zur Gegenwart 67. v. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, insb. gem. d. Strafr. 44. Feuerbach, Lehrb. des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechts 1801, 14. A. v. Mittermaier 47. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe d. Crim. R. 45. Abhandlungen 58. Geib, Lehrb. des d. Strafr. 61 f. Hälschner, Geschichte des brandenb. preuss. Strafr. 55. v. Wächter, Das sächsische u. thüringische Strafrecht 57. v. Bar, Handbuch d. Strafr. I. Geschichte 82. Wilda, Strafr. d. Germanen. John, Strafr. in Norddeutschland z. Z. der Rechtsbücher 58. Mommsen, Römisches Strafrecht 99.

---

[1]) Русское уголовное право по преимуществу содержится въ т. XV св. зак.

[2]) Общегерманскаго.

§ 744.

Мы разсмотримъ въ дальнѣйшемъ:

1) наказуемыя дѣянія или «деликты»,

2) наказаніе за нихъ.

Слово дѣяніе здѣсь и въ дальнѣйшемъ, гдѣ не упоминаются спеціально упущенія, берется въ болѣе широкомъ смыслѣ, охватывающемъ также послѣднее понятіе. Для „наказуемыхъ дѣяній", послѣ того какъ слова „преступленія", „проступки", „нарушенія" нашли спеціальное примѣненіе въ Германскомъ уголовномъ правѣ, помимо слова деликты, мы не имѣемъ собирательнаго выраженія, которое можно было-бы примѣнять безъ опасеній (§ 752).

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Наказуемыя дѣянія.

§ 745.

На вопросъ, какія дѣянія должны считаться наказуемыми, рѣшающимъ отвѣтомъ въ современномъ государствѣ является только содержаніе закона (§ 102 и сл.).

По сему исключается, между прочимъ, наказаніе дѣянія на основаніи обычнаго права (§ 115) или на основаніи примѣненія уголовнаго закона по аналогіи (§ 105 и сл.). „Nulla poena sine lega poenali".

§ 746.

Въ дѣяніяхъ, которыя законъ объявляетъ наказуемыми, мы можемъ отличить признаки общіе имъ всѣмъ, отъ такихъ, которые свойственны только опредѣленному виду этихъ дѣяній.

Первые составляютъ *«общій фактическій составъ»* наказуемыхъ дѣяній, вторые—*«особенный фактическій составъ»* соотвѣтствующаго вида.

Lehrbuch § 4 ff. Merkel. Kriminalistische Abhandlungen I (Zur Lehre v. d. Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen). J. Bekker, Theorie des d. Strafr. 59. Glaser, Abhandlungen aus d. österr. Strafr. 58. Kleine Schriften über Strafr. u. Strafprozess. 2. A. 83. Lucas, Die subjektive Verschuldung in heut. d. Strafr. 84. v. Bar, Lehre v. Kausalzusammenhang 71.—Die culpa въ Grünhuts Zeitschr. IV. 1. v. Buri, Ueber Kausalität und deren Verantwortung 73. Die Kausalität und deren strafrechtl. Beziehungen 85. Lammasch, Handlungen. Erfolg in Grünhuts Zeitsch. IX. 82. Birkmeyer, Ursachenbegriff u. Kausalzusammenhang 85. J. v. Kries, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit 88. v. Rohland, Die Gefahr im Strafr., 2. A. 88. Kohler. Studien aus d. Strafr 90 f. Oppenheim Die Objekte des Verbrechens 94. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts I, 95. Liepmann, Einleitungen in das Strafrecht (Kritik d. Kriminal. Grundbegriffe) 1900.

§ 747.

Всѣмъ наказуемымъ дѣяніямъ общи тѣ признаки правонарушеній, которые обсуждались въ общей части (§§ 260 и сл., 237).

Они, слѣдовательно, составляютъ общій фактическій составъ наказуемыхъ дѣяній.

Понятіе правонарушенія составляетъ связь, объединяющую наказуемыя дѣянія, поскольку съ одной стороны всѣ они подходятъ подъ это понятіе, а съ другой стороны не имѣютъ никакихъ общихъ фактическихъ признаковъ, къ данному понятію не относящихся. Такъ, напр. государственная измѣна, неосторожное повреждение чужого здоровья, перепечатка чужихъ произведеній, неисполненіе полицейскаго предписанія обирать гусеницъ имѣютъ признаки разсматриваемаго понятія и только его.

Впрочемъ, понятія правонарушеній и наказуемыхъ дѣяній не покрываютъ другъ друга, такъ какъ многочисленныя правонарушенія не влекутъ за собою никакихъ наказаній, нѣкоторыя-же не вызываютъ вообще никакихъ юридическихъ послѣдствій. Но основаніе, почему въ отношеніи ихъ законодатель отказывается отъ наказаній, заключается не въ томъ, что онъ не находитъ у нихъ фактическихъ признаковъ существенныхъ для него при всѣхъ наказуемыхъ дѣяніяхъ, но въ обстоятельствахъ, лежащихъ за предѣлами факта. Сюда относятся уже принятыя во вниманіе тѣ обстоятельства: 1) что съ соотвѣтствующимъ видомъ правонарушеній обыкновенно соединяются или, въ случаѣ надобности, могутъ быть соединены другія юридическія послѣдствія, въ виду непосредственнаго или посредственнаго значенія которыхъ примѣненіе дальнѣйшихъ мѣропріятій, спеціально ultimum remedium наказанія, является излишнимъ (§§ 287, 305); и 2) что назначеніе наказаній при данныхъ обстоятельствахъ было-бы соединено съ невыгодами, имѣющими перевѣсъ, или просто считается невыполнимымъ (§ 306).

§ 748.

При различеніи разнообразныхъ видовъ наказуемыхъ дѣяній прежде всего получаетъ значеніе природа находящихся подъ охраною права интересовъ или благъ, къ которымъ эти дѣянія имѣютъ непосредственное отношеніе (§§ 268 сл., 280 сл.); равнымъ образомъ обладаетъ значеніемъ и характеръ этого отношенія: именно нужно различать, характерно-ли для данныхъ дѣяній несогласное съ соотвѣтствующими интересами и благами активное поведеніе, или только неоказаніе требуемаго содѣйствія имъ (§ 261); точно также въ первомъ случаѣ имѣется ли на лицо успѣшное или безуспѣшное нападеніе на эти интересы или блага, или только повреждение ихъ (§ 734).

Затѣмъ уже принимаются во вниманіе различія внутренней фактической стороны и преимущественно различіе между умысломъ и неосторожностью (§§ 262 сл., 758), какъ и различія въ причинѣ и цѣли совершенія соотвѣтствующихъ дѣяній.

Впрочемъ, однородныя дѣянія иногда различаются по тому, совершаются-ли они ради собственной выгоды, или нѣтъ, Сравни еще § 759.

Lehrb. § 13. Merkel, Lehre vom strafbaren Betrug, Kriminalist. Abhandlungen II, 68 ff.

§ 749.

Эта группировка наказуемыхъ дѣяній и развитіе соотвѣтствующихъ видовыхъ понятій по большей части были выработаны народомъ и запечатлѣны въ языкѣ еще ранѣе, чѣмъ существовало уголовное законодательство. Послѣднему надлежало и до сихъ поръ надлежитъ обрабатывать и по-

полнять результаты народнаго творчества именно въ смыслѣ послѣдовательнаго проведенія указанныхъ точекъ зрѣнія и вообще выясненія и по возможности рѣзкаго опредѣленія такихъ признаковъ наказуемыхъ дѣянія, которые являются рѣшающими для ихъ юридическаго значенія и въ тоже время по своей природѣ могутъ подлежать судейскому закрѣпленію [1]).

Этотъ историческій трудъ выдѣленія разнообразнаго и соединенія однообразнаго въ одну систему строго опредѣленныхъ видовыхъ понятій въ нѣкоторыхъ частяхъ рано привелъ къ относительно законченнымъ и подлежащимъ только незначительнымъ измѣненіямъ результатамъ, между тѣмъ какъ въ другихъ направленіяхъ результаты его долго видоизмѣнялись и только въ новѣйшее время пріобрѣли форму, которая по существу соотвѣтствуетъ выставленнымъ точкамъ зрѣнія. Первое, напр., въ Германіи касается воровства, послѣднее—обмана, утайки, поддѣлки документовъ.

Законныя опредѣленія различныхъ видовъ деликтовъ имѣютъ значеніе 1) для отграниченія наказуемыхъ дѣяній отъ не наказуемыхъ съ указаніемъ формы, въ которыхъ обнаруживаются общіе признаки деликта; 2) для опредѣленія относительнаго значенія соотвѣтствующихъ видовъ деликта и, слѣдовательно, для вопроса о видѣ и размѣрѣ потребныхъ противодѣйствій; 3) для отграниченія „законченнаго“ деликта отъ простыхъ „покушеній на деликты“, см. § 760.

§ 750.

Самый тяжелый видъ деликта, *предумышленное убійство* послужитъ намъ исходною точкою какъ при ближайшемъ разсмотрѣніи общихъ признаковъ деликта, такъ и при распредѣленіи деликтовъ по видамъ и подвидамъ.

§ 211 германскаго уголовнаго уложенія опредѣляетъ это преступленіе, какъ умышленное, обдуманно выполненное лишеніе жизни человѣка.

§ 751.

Это опредѣленіе, подобно опредѣленіямъ другихъ деликтовъ, находитъ пополненіе въ отношеніи общихъ признаковъ всѣхъ наказуемыхъ дѣяній (§ 747) въ общихъ опредѣленіяхъ уголовнаго уложенія и въ другихъ законахъ.

Согласно сему, не имѣется предумышленнаго убійства, несмотря на наличность признаковъ, указанныхъ въ вышеприведенномъ опредѣленіи, если дѣяніе имѣло характеръ исполненія обязанности (у солдата въ походѣ) или осуществленія права (въ случаѣ необходимой обороны § 170) или было совершено въ виду исключительныхъ обстоятельствъ (напр., для спасенія отъ иначе неотвратимой жизненной опасности—«въ крайней необходимости»), которыя это преступленіе извиняютъ и отнимаютъ у него характеръ правонарушенія.

Lehrb. § 58 ff. Къ сему v. Calker, Strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen 91. Oppenheim, Das ärztliche Recht zum Körperl. Eingriff 92. Stoos, Chirurg. Operation u. ärztl. Behandlung 98. Richard Schmidt,

---

[1]) Закрѣпленію въ судебномъ рѣшеніи.

Strafrechtl. Verantwortlichkeit des Arztes ect 1. 900. Kessler, Einwilligung des Verletzten in chrer strafrechtl. Bedeutung 84.

§ 752.

Предумышленное убійство въ системѣ германскаго права принадлежитъ къ «*преступленіямъ*» въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. къ видамъ деликтовъ, за которые угрожаютъ самыми строгими наказаніями (смертная казнь, смирительный домъ, заключеніе въ крѣпости болѣе чѣмъ на 5 лѣтъ).

За преступленіями идутъ «*проступки*» въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. деликты, за которые налагаются наказанія средней тяжести (тюрьма, высшіе денежныяе штрафы, менѣе продолжительное заключеніе въ крѣпости).

На низшей ступени стоятъ «*нарушенія*» въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. деликты, караемыя легкими наказаніями (арестъ, денежный штрафъ до 150 марокъ).

Троякое дѣленіе подобнаго рода нашло въ современномъ уголовномъ законодательствѣ по почину французскаго уголовнаго права широкое распространеніе („crimes“ — „delits“ — „contraventions“). (Критика этого дѣленія Merkel, Gutachten f. d. 9. Juristentag [§ 740] и въ его „Bemerkungen über den österreich. Entw. e. Straf. gesetzes“, Sammlung 16).

§ 753.

По своему непосредственному объекту нападенія предумышленное убійство принадлежитъ къ деликтамъ, направленнымъ противъ жизни.

Къ этимъ преступленіямъ примыкаютъ деликты, направленные противъ другихъ благъ и интересовъ *отдѣльной личности*, а именно деликты противъ тѣлесной неприкосновенности, противъ свободы, чести и имущества.

Всѣмъ преступленіямъ вышеуказаннаго вида противопоставляются деликты, имѣющіе своимъ непосредственнымъ объектомъ нападенія *публичныя интересы или учрежденія* и въ свою очередь дѣлящіеся на двѣ группы, именно на деликты, направленные непосредственно противъ государственныхъ интересовъ или учрежденій, каковы измѣна верховной власти, государственная измѣна, подкупъ чиновниковъ, насильственное сопротивленіе правомѣрному отправленію должности и т. д. и на деликты, имѣющіе непосредственное отношеніе къ общимъ интересамъ, но все-таки не къ специфически государственнымъ, каковы богохульство, двоеженство, содомія, подлогъ документовъ.

§ 754.

Предумышленное убійство принадлежитъ къ тѣмъ деликтамъ, при которыхъ предполагается или *поврежденіе* опредѣленныхъ благъ или *нападеніе* на таковыя.

Противоположность имъ составляютъ такія дѣйствія, которыя законодателемъ считаются *опасными* для указанныхъ благъ и которыя въ

виду того запрещены, независимо отъ дѣйствительнаго наступленія и намѣренности вредныхъ послѣдствій. Сюда относится, напр., противорѣчащее полицейскимъ предписаніямъ обращеніе съ ядомъ, взрывчатыми веществами или оружіемъ, несопровождавшееся въ отдѣльномъ случаѣ вредными послѣдствіями.

Обыкновенно, опредѣляя первую группу, говорятъ объ «уголовной неправдѣ», при второй—о «полицейской неправдѣ».

§ 755.

Предумышленное убійство принадлежитъ къ, такъ называемымъ, «*деликтамъ совершенія*» (delicta commissionis). Ихъ характеризуетъ дѣятельность, запрещенная правомъ.

Противоположность имъ составляютъ «*деликты упущенія*» (delicta omissionis), которые заключаются въ томъ, что дѣятельности, требуемой правомъ, *не* совершается.

Такой деликтъ упущенія, напр., по германскому уголовному уложенію является на лицо въ томъ случаѣ, когда кто-либо, имѣя возможность, не воспрепятствуетъ своевременнымъ заявленіемъ замышляемому другимъ убійству.

Иначе говоря, деликтъ совершенія противорѣчитъ запрету, деликтъ упущенія—велѣнію.

От характеризованныхъ деликтовъ упущенія въ собственномъ смыслѣ отличаются, такъ называемые, „не настоящіе деликты упущенія“, т.-е. деликты совершенія, при которыхъ играютъ роль упущенія, выводящія свое значеніе изъ предшествующаго дѣйствія. Нѣкоторыя дѣйствія (представимъ себѣ случай принятія обязанности ухода за больнымъ или попеченія о ребенкѣ) находятся въ согласіи съ правовымъ порядкомъ и охраняемыми интересами только при предположеніи, что за ними послѣдуютъ дальнѣйшія дѣйствія опредѣленнаго вида (дѣйствительный уходъ за больнымъ или ребенкомъ). Если-же послѣднее не выполняется, то съ предшествующимъ образомъ дѣйствія могутъ соединиться вредныя послѣдствія (напр. смерть больного или ребенка), которыя при извѣстныхъ предположеніяхъ должны быть поставлены въ вину дѣйствовавшему въ смыслѣ виновности причиненія упомянутыхъ послѣдствій (деликтъ совершенія). Таковыя предположенія заключаются въ томъ: 1) что фактическое и юридическое значеніе и сила предшествовавшаго дѣйствія установлены, 2) что упущеніе послѣдовало умышленно или по неосторожности.

Kriminalistische Abhandlungen I. Lehrbuch § 14, 36, 41. Къ сему: v. Rohland, Strafbare Unterlassung 87. Landsberg, Kommissivdelicte durch Unterlassung 90.

§ 756.

При предумышленномъ убійствѣ, какъ и при многихъ деликтахъ совершенія, предполагается доказаннымъ вредный вызванный дѣйствіемъ результатъ.

Здѣсь говорятъ о «*деликтахъ по результату*».

Противоположность имъ составляютъ деликты, для состава которыхъ опредѣленіе закона предполагаетъ только наличность извѣстнаго рода дѣйствія, а не результатъ, вытекающій изъ него. Сюда относится, напр., лжеприсяга.

§ 757.

При деликтахъ по результату въ отдѣльномъ случаѣ должно доказать, что поведеніемъ виновнаго были даны условія, отъ которыхъ зависѣло наступленіе зла при данныхъ обстоятельствахъ; другими словами, должна быть доказана причинная связь между причиненнымъ зломъ и поведеніемъ виновнаго.

От вопроса о причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ нужно отличать вопросъ объ условіяхъ, при которыхъ съ названнымъ результатомъ соединяются имѣющія рѣшающій характеръ для наказанія техническія послѣдствія (§ 302). Къ этимъ послѣднимъ относится, между прочимъ, отсутствіе моментовъ, указанныхъ въ § 751 (исполненія обязанности, необходимой обороны, крайней необходимости).

§ 758.

Къ внутренней фактической сторонѣ при предумышленномъ убійствѣ относятся знаніе и хотѣніе осуществленія внѣшнихъ (общихъ и особыхъ) признаковъ—*dolus*, умыселъ.

Заблужденіе, которое не позволяло-бы сознавать, что дѣйствіе направляется противъ жизни другого, или которое заставляло бы предполагать существованіе оправдывающаго обстоятельства (§ 751), исключало бы умыселъ, оставляя возможность существованія неосторожнаго убійства.

Случаи неосторожности, какъ то обыкновенно бываетъ при болѣе тяжелыхъ правонарушеніяхъ (если только *culpa* не оставляется безнаказанною), разсматриваются какъ особый видъ деликтовъ.

Lehrbuch § 29 и сл.

§ 759.

Къ внутренней сторонѣ при этомъ деликтѣ относится далѣе «обдуманность», при чемъ выполненіе деликта должно послѣдовать съ обдуманностью (равносильно—при полномъ сознаніи или не вслѣдствіи состоянія необыкновеннаго возбужденія).

Этотъ моментъ отличаетъ предумышленное убійство отъ простого убійства.

При другихъ деликтахъ указанный моментъ принимается во вниманіе только при опредѣленіи мѣры наказанія, но не въ качествѣ отличительнаго видового признака.

§ 760.

Если всѣ законные признаки осуществлены, то имѣется на лицо «*оконченное*» убійство.

Достигнуты-ли вполнѣ цѣли дѣйствовавшаго, является-ли съ его точки зрѣнія преступное предпріятіе оконченнымъ, для понятія оконченнаго убійства безразлично.

Понятіе оконченности деликтовъ имѣетъ технически-юридическую природу и касается только законныхъ ограниченій фактическихъ составовъ.

Мѣра того, что нужно для законченнаго деликта, опредѣляется для разныхъ видовъ деликта не одинаково. Въ отношеніи противоправныхъ намѣреній виновнаго, а также въ отношеніи ко всему объему послѣдствій, соединяющихся съ противоправнымъ дѣйствіемъ и имѣющихъ значеніе для правопорядка, необходимыя условія включаются въ большемъ или меньшемъ размѣрѣ въ опредѣленія закона и образуютъ предположенія „оконченности" деликта. При томъ получаетъ рѣшающее значеніе та точка зрѣнія, что при опредѣленіи деликтовъ должны быть приняты только такіе признаки, которые въ отношеніи процессуальнаго доказыванія и вѣрнаго и равномѣрнаго примѣненія закона по своей природѣ не представляютъ слишкомъ большихъ затрудненій и которые въ тоже время придаютъ опредѣляемому ими дѣянію характерный отпечатокъ и несомнѣнное значеніе для правопорядка. Приведемъ нѣсколько примѣровъ. Подкупъ оконченъ, какъ скоро чиновнику былъ предложенъ подарокъ, хотя-бы даже безуспѣшно; государственная измѣна окончена съ начатіемъ предпріятія, направленнаго на насильственныя измѣненія государственнаго строя или территоріи; поджогъ оконченъ, какъ скоро чужое имущество было охвачено пламенемъ, хотя-бы отсюда и не возникло вреда; лжеприсяга окончена, какъ скоро имѣется клятвенное подтвержденіе ложнаго факта. Напротивъ, для оконченнаго „нарушенія довѣрія" требуется возникновеніе вреда для другого лица, для богохульства необходимъ дѣйствительный соблазнъ вѣрующихъ. Для наказуемаго нарушенія обязанности донесенія о предстоящихъ преступленіяхъ необходимо, чтобы дѣйствительно послѣдовало преступленіе или покушеніе на него.

Тѣ элементы и стороны виновной дѣятельности, къ которымъ непосредственно относится наказаніе, обыкновенно въ опредѣленіяхъ закона вовсе не упоминаются. Такъ, при оскорбленіяхъ законъ не касается вліянія дѣйствія обиды на чувство оскорбленнаго и соединеннаго съ нимъ нарушенія мира; при лжеприсягѣ — вліянія такихъ дѣйствій на доказательную силу формы присяги и вмѣстѣ съ тѣмъ на основу правосудія. Вмѣсто этого упоминаются признаки, съ которыми эти послѣдствія соединяются по даннымъ опыта и по природѣ человѣческихъ дѣлъ.

Это свойство опредѣленій закона не повсюду признано и вѣрно оцѣнено; въ литературѣ въ связи съ этимъ не могли найти своего завершенія и различныя ученія (между прочимъ ученіе о покушеніи на деликтъ).

§ 761.

Дѣйствія, направленныя непосредственно на осуществленіе признаковъ убійства, безъ достиженія послѣдняго, заключаютъ въ себѣ понятіе *покушенія на убійство*. Такова дача яда, послѣдовавшая съ намѣреніемъ умертвить, но не сопровождавшаяся смертью отравленнаго.

§ 762.

Покушеніе на деликтъ обнаруживаетъ, слѣдовательно, во-первыхъ отрицательный моментъ, заключающійся въ томъ, что не всѣ признаки замышляемаго деликта достигаютъ осуществленія; во-вторыхъ, въ немъ кроется положительный моментъ: непосредственное направленіе дѣйствія на осуществленіе желательнаго результата или на осуществленіе ближайшимъ образомъ по крайней мѣрѣ *одного* признака его, или, что то-же самое, покушеніе заключаетъ въ себѣ начало «исполненія» замышляемаго деликта.

См. прим. къ § 765. Lehrb. § 42 и сл. и цитату тамъ. Къ сему Meyer, Anfang der Ausführung 92.

§ 763.

При болѣе тяжкихъ видахъ деликта—по германскому уголовному праву при «преступленіяхъ» и нѣкоторыхъ «проступкахъ»—наказаніе грозитъ также за покушеніе, поскольку послѣднее не оставлено добровольно или не сдѣлано безвреднымъ усиліемъ самого виновнаго лица.

Всетаки, въ этихъ случаяхъ покушеніе соотвѣтственно его меньшему значенію для господства права и его цѣлей, наказывается мягче чѣмъ одинаковый, но оконченный, того-же вида деликтъ.

§ 764.

Противоположность покушенію составляютъ *дѣйствія исключительно подготовительнаго характера*, которыя не имѣютъ еще никакого непосредственнаго направленія въ смыслѣ осуществленія какого-либо признака даннаго деликта.

Сюда относится тотъ случай, когда кто-либо пріобрѣтаетъ ядъ или или другія средства для совершенія предумышленнаго убійства.

§ 765.

Приготовительныя дѣйствія еще не заключаютъ сами по себѣ никакого нападенія на блага или интересы, которые при соотвѣтствующемъ видѣ деликтовъ составляютъ объектъ нападенія, между тѣмъ какъ покушеніе обыкновенно уже содержитъ въ себѣ такое нападеніе.

Такъ, покупка яда для цѣлей предумышленнаго убійства еще не содержитъ въ себѣ нападенія на жизнь другого, дача же яда, хотя и безплодная, все-же таковое нападеніе содержитъ.

Съ этимъ находится въ связи то обстоятельство, что за подготовительныя дѣйствія, какъ таковыя, обыкновено наказаніе не грозитъ.

При дѣйствіяхъ, которыя, только подготовляя нарушеніе чужихъ интересовъ и правъ, сами его не содержатъ, отсутствуютъ послѣдствія, имѣющія рѣшающее значеніе для наказаній, какъ средства противодѣйствія правонарушеніямъ. Этимъ оправдываются мѣропріятія чисто предупредительнаго характера, которыя, насколько возможно, должны слагаться иначе, чѣмъ наказанія (§ 276).

При покушеніи дѣло обстоитъ иначе. Съ момента начала выполненія замышляемаго преступленія обыкновенно уже имѣется налицо явное нападеніе на объектъ деликта, и на то, что въ этомъ скрывается—нападеніе на защищающій объектъ правопорядокъ; въ преступленіи выражается явное пренебреженія какъ къ соотвѣтствующему субъективному праву такъ и къ праву объективному, составляющему источникъ перваго. Съ покушеніемъ соединяются дѣйствія, имѣющія рѣшающее значеніе для опредѣленія наказаній, т. е. различіе между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ имѣетъ значеніе только относительно объема, но не рода подобныхъ дѣйствій.

Такъ, значеніе покушенія на убійство, покушенія на разбой и т. д., хотя и меньше, нежели значеніе оконченнаго убійства, разбоя и т. п., но по сущности своей принадлежитъ къ тому-же самому роду. Даже относительно мѣры этого значенія не существуетъ никакого абсолютнаго различія между покушеніями на опредѣленныя дѣйствія съ одной стороны и оконченными деликтами съ другой. Покушеніе на деликтъ извѣстнаго рода можетъ

быть гораздо важнѣе и требовать большаго наказанія, чѣмъ оконченный деликтъ другого рода, или деликтъ одинаковаго рода, но при которомъ имѣются важныя смягчающія обстоятельства. Покушеніе на убійство, напр., требуетъ большаго наказанія, чѣмъ оконченное оскорбленіе; покушеніе на тяжкую кражу часто болѣе наказуемо, чѣмъ оконченная легкая кража и т. д.

Всѣмъ сказаннымъ отвергаются два крайнихъ воззрѣнія на отношеніе между покушеніемъ и окончаніемъ, одинаково основывающіяся на непризнаніи общихъ принциповъ уголовнаго права.

Оба направленія мы въ данномъ случаѣ очертимъ вкратцѣ.

1. Одно изъ этихъ воззрѣній считаетъ покушеніе и оконченный деликтъ того-же вида, въ смыслѣ общихъ принциповъ уголовнаго права, *равноцѣнными*. Проведенное въ германскомъ уголовномъ правѣ болѣе мягкое отношеніе къ первому это воззѣрніе сводитъ, согласно своему взгляду, къ соображеніямъ, лежащимъ внѣ принциповъ уголовнаго права, къ соображеніямъ цѣлесообразности, безразлично, какъ опредѣленнымъ. При этомъ оно исходитъ изъ того представленія, что мѣра наказуемости всюду заключается въ образѣ мыслей или злой волѣ, по отношенію которыхъ, разумѣется, существуетъ равенство между покушеніемъ и оконченнымъ дѣяніемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ разсматриваемое направленіе отрицаетъ ту точку зрѣнія права, при которой рѣшающее значеніе не всегда имѣетъ образъ мыслей самъ по себѣ, но практическое поведеніе человѣка съ его послѣдствіями, вторгающимися въ жизненную сферу другихъ лицъ (§ 71 и сл.).

Эти послѣдствія однако при покушеніи обыкновенно бываютъ менѣе значительны, чѣмъ при оконченномъ деликтѣ того-же самаго вида. Ср. относительно сказаннаго воззрѣнія § 310 прим. подъ 2.

2. Второе воззрѣніе устанавливаетъ *противоположность* между покушеніемъ и окончаніемъ, но не умѣетъ ихъ соединить. При оконченномъ деликтѣ оно находитъ основаніе для наказанія въ виновной дѣятельности, между тѣмъ при покушеніи видитъ только виновную волю. При этомъ не признается, между прочимъ, выше упомянутая техническая природа понятія оконченнаго деликта и въ связи съ этимъ теряется пограничная линія между оконченнымъ преступленіемъ и покушеніемъ. Это обстоятельство исключаетъ всякую возможность совокупность моментовъ покушенія принципіально противопоставить цѣлому оконченнаго деликта, т. к. въ дѣйствительности не имѣется никакого осязательнаго признака, который подходилъ-бы ко всѣмъ оконченнымъ деликтамъ въ противоположность къ всѣмъ покушеніямъ на деликтъ!

Это второе воззрѣніе находится наконецъ въ связи со взглядомъ, характеризованнымъ въ § 310, прим. подъ 3, т. е. со смѣшеніемъ бросающихся въ глаза ближайшихъ послѣдствій преступныхъ дѣяній, согласно опредѣленіямъ закона часто относящихся къ оконченному деликту, съ тѣми сторонами закопротивной дѣятельности, которыя составляютъ предметъ и мѣру противодѣйствія уголовнаго права. Такъ какъ при покушеніяхъ на деликтъ послѣдствія перваго вида по большей части отсутствуютъ (что часто также бываетъ и при оконченныхъ деликтахъ), то между ними и нарушеніями правопорядка не находили никакой причинной связи, а и поэтому относили ихъ наказуемость только ко внутренней сторонѣ факта.

§ 766.

При предумышленномъ убійствѣ, какъ и при всякомъ деликтѣ, можетъ имѣть мѣсто совмѣстная преступная дѣятельность нѣсколькихъ лицъ.

Примѣръ: А. совершаетъ предумышленное убійство, В. доставилъ ему средства для совершенія (ядъ, оружіе, знаніе важныхъ обстоятельствъ), С. умышленно склонилъ А. обѣщаніями денегъ къ совершенію преступленія.

A. здѣсь главный физическій виновникъ (Thäter) въ тѣсномъ смыслѣ слова, B. «пособникъ», C. «подстрекатель».

Lehrb. § 48 и цитаты тамъ. Также Bemerkungen zum Entw. eines Strafgesetzb. f. Russland (Sammlung 485). Затѣмъ Birkmeyer, L. v. d. Teilnahme 90, (также Merkel, D. Litt. ztg. 91. 709). Kohler. Studien I, 92.

§ 767.

«Главное физическое виновничество» представляетъ важнѣйшую между возможными формами соучастія.

Главный физическій виновникъ предпринимаетъ дѣйствіе, которое предполагается понятіемъ деликта этого вида, между тѣмъ какъ пособничество и подстрекательство въ отношеніи даннаго понятія являются случайными.

Нѣтъ поэтому деликта безъ главнаго виновника-исполнителя, но есть деликты всѣхъ видовъ безъ пособниковъ и подстрекателей.

§ 768.

«Подстрекатель» (Anstifter—интеллектуальный виновникъ) при прочихъ одинаковыхъ условіяхъ называется также, какъ исполнитель.

«Пособникъ» напротивъ, такъ какъ его соучастіе въ нарушеніи принимаемыхъ во вниманіе интересовъ менѣе самостоятельно и вообще не столь важно, при прочихъ одинаковыхъ условіяхъ наказывается мягче и только въ болѣе тѣсныхъ границахъ (при простыхъ нарушеніяхъ (bei Übertretungen) онъ по германскому уголовному праву не наказывается вовсе).

Дѣйствіе пособника имѣетъ значеніе для принимаемыхъ во вниманіе интересовъ только при предположеніи независимаго отъ него дѣйствія главнаго физическаго виновника. Такъ, доставленіе средствъ для совершенія предумышленнаго убійства (§ 766) имѣетъ значеніе для подвергающейся опасности жизни только при предположеніи, что эти средства будутъ пущены въ ходъ при нападеніи главнаго виновника на жизнь даннаго лица. Точно также тотъ видъ, въ которомъ появляется на свѣтъ правонарушеніе, въ своихъ (по закону) существенныхъ моментахъ опредѣляется не пособникомъ, но совершителемъ, изъ воли котораго преступное дѣйствіе непосредственно возникаетъ, или интеллектуальнымъ виновникомъ, который пользуется совершителемъ, какъ духовнымъ орудіемъ.

Впрочемъ, должно-ли опредѣленное дѣяніе по дѣйствующему уголовному праву считаться пособничествомъ при деликтѣ или совершеніемъ самостоятельнаго деликта—это зависитъ отъ опредѣленій закона. Такъ, напр., что касается до содѣйствія побѣгу солдата, продажи абортивныхъ средствъ или содѣйствія освобожденію заключеннаго, то безъ соображенія съ опредѣленіями закона нельзя сказать, слѣдуетъ-ли эти дѣйствія считать пособничествомъ при чужомъ деликтѣ или совершеніемъ самостоятельнаго деликта (что имѣетъ мѣсто по германскимъ законамъ).

Нѣкоторые считаютъ возможнымъ найти признакъ различія между совершеніемъ и пособничествомъ исключительно во внѣшней фактической сторонѣ, другіе исключительно во внутренней.

Согласно сказанному этотъ признакъ принадлежитъ обѣимъ сторонамъ факта въ равной степени точно также, какъ и при различіи между совершеніемъ преступленія и подстрекательствомъ къ нему.

§ 769.

Отъ участвующихъ въ совершеніи деликта отличаются «попустители и укрыватели» (Begünstiger), которые оказываютъ помощь первымъ послѣ совершенія ими деликта, чтобы избавить виновныхъ отъ наказанія или обезпечить имъ выгоды отъ деликта, и такимъ путемъ противодѣйствуютъ юридическому уравненію дѣянія.

Lehrb. § 57.

ТРЕТІЙ ОТДѢЛЪ

Наказаніе.

§ 770.

Дѣяніе, при которомъ даны признаки общаго или особеннаго фактическаго состава, обыкновенно создаетъ юридическое отношеніе между виновнымъ и государствомъ, въ силу котораго послѣднее является субъектомъ права подвергнуть виновнаго опредѣленному наказанію, первый же является субъектомъ обязанности понести это наказаніе.

Lehrb. § 64 „über den staatlichen Strafanspruch".

§ 771.

Возникновеніе подобнаго юридическаго отношенія можетъ быть однако соединено съ особыми условіями, лежащими внѣ самаго факта, напр., съ *требованіемъ* наказанія со стороны лица потерпѣвшаго.

Германское уголовное уложеніе ставитъ указанное условіе при большомъ числѣ деликтовъ (при оскорбленіяхъ, легкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, прелюбодѣяніи и т. п.). Законодатель при этихъ видахъ деликта (такъ называемыхъ „деликтахъ по требованію") (Antragsdelicten) только предполагаетъ наличность достаточнаго основанія для наказанія, поскольку со стороны ближайшихъ заинтересованныхъ частныхъ лицъ имѣется свидѣтельство въ пользу важности происшедшаго и несомнѣнное требованіе уголовнаго преслѣдованія. Lehrb. § 86.

§ 772.

Возникшее юридическое отношеніе можетъ прекратиться также еще раньше, чѣмъ государство будетъ въ состояніи осуществить свое право наказанія, вслѣдствіе смерти виновнаго или вслѣдствіе *давности*.

Объ этой давности уголовнаго преслѣдованія Lehrb. § 86 и сл. О давности наказаній, получившихъ законную силу („Приведеніе наказаній въ исполненіе") § 91.

§ 773.

Государство можетъ далѣе отказаться отъ своего права наказанія въ формѣ *помилованія* виновнаго.

Lehrb. § 92.—Lüder, das Souveränitätsrecht der Begnadigung 60. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik II, 60.

§ 774.

Примѣняемыя *наказанія* различаются по благамъ, которыя непосредственно и согласно предположенію права ими поражаются, на наказанія, направляемыя на жизнь, свободу, имущество и честь.

Lehrb. § 73 ff.—Gutachten f. d. 9. Juristentag. см. § 740.—Einige Bedenken gegen das Strafensystem des d. Strafgesetbzuchs (Sammlung 247) 72. Wahlberg, въ Holtzendorff's Handbuch II, 424 и въ его „Kleinere Abhdlgen" II.—Das Prinzip der Individualisierung 69. Hetzel, Die Todesstrafe in ihrer Kulturgeschichtl. Entwicklung 70. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mords u. die Todesstrafe 75.—Das irische Gefängnisssystem. Füsslin, Die Einzelhaft 55. Sontag, Festungshaft 72. Stoos, Zur Natur der Vermögensstrafe 78. Wahlberg, Ehrenfolgen d. strafgerichtl. Verurteilung 64. Gross, тоже 74. Holtzendorff, Deportation als Strafmittel 56. Valentini, Das Verbrechertum impreuss. Staate 69. Krohne, Lehrb. der Gefängniskunde 89.

§ 775.

Преобладающее значеніе получаютъ по германскому и вообще по современному праву при болѣе тяжкихъ деликтахъ наказанія лишеніемъ свободы, при болѣе легкихъ—на ряду съ первыми и денежныя наказанія.

Наказанія лишеніемъ свободы и денежныя отличаются своею дѣлимостью и вмѣстѣ съ тѣмъ способностью приспособляться къ самымъ различнымъ размѣрамъ виновности. Наказанія лишеніемъ свободы въ тоже время имѣютъ свою выгодную сторону, выражающуюся въ томъ, что они могутъ быть полезны по отношенію ко злу, еще не созданному деликтомъ, но только обнаружившемуся (§ 276 прим.). Недостатокъ наказаній лишеніемъ свободы заключаются въ ихъ дороговизнѣ [при кратковременномъ лишеніи свободы недостатокъ его заключается въ пагубномъ вліяніи заключенія въ особенности на молодыхъ преступниковъ); недостатокъ денежныхъ наказаній кроется въ зависимости ихъ выполненія отъ имущественной состоятельности виновнаго.

Преобладаніе наказаній лишеніемъ свободы въ современномъ уголовномъ правѣ нужно разсматривать, впрочемъ, въ общей связи. Въ системѣ наказаній яснѣе всего отражается общій характеръ уголовной юстиціи эпохи. Этому въ свою очередь съ одной стороны соотвѣтствуетъ средняя природа элементовъ, съ которыми борется общество при посредствѣ уголовной юстиціи, съ другой стороны—родъ и сила вызываемыхъ деликтами аффектовъ, а также размѣръ независимости, достигнутой законодательствомъ и правосудіемъ по отношенію къ этимъ аффектамъ. Положеніе вещей въ указанныхъ отношеніяхъ на низкой ступени общественнаго развитія выражается, между прочимъ, въ чувственномъ и суровомъ характерѣ уголовнаго правосудія; къ нему же относится преобладаніе такихъ наказаній которыя направляются на „шею и руку (Hals und Hand)", „на кожу и волосы (Haut und Haar)", равнымъ образомъ и публичность выполненія такихъ наказаній, разсчитанная на чувственное воздѣйствіе на массу зрителей. По отношенію къ такому положенію наказательной политики историческое преобладаніе наказаній лишеніемъ свободы является элементомъ одухотворенія уголовнаго правосудія, со своей стороны возвѣщающаго усиленіе разсудительности, съ которою государство противодѣйствуетъ преступникамъ, и всестороннее выполненіе задачъ, подлежащихъ разрѣшенію и отчасти уже разрѣшенныхъ относительно нарушителей закона. См. сочиненія Merkel, приведенныя въ § 144.

§ 776.

По отношенію къ извѣстнымъ недостаткамъ, обнаруживающимся при отправленіи уголовнаго правосудія, въ особенности при приведеніи въ исполненіе наказаній лишеніемъ свободы, въ новѣйшее время получило значеніе оживленное преобразовательное движеніе. Поскольку это движеніе направлено на то, чтобы практически преобразовать строй существующей системы наказаній въ болѣе цѣлесообразный, противъ него возражать нельзя. При этомъ занужно всетаки замѣтить, что указанныя стремленія неоднократно настолько заходили за границы своей цѣли, что грозили вступить въ противорѣчіе съ понятіями вины, вмѣняемости, возмездія, составляющими основы уголовнаго права (см. § 782).

Вопросы реформы: Lehrb. § 79. Merkel, Sind Aenderungen des geltenden Rechts erwünscht in Betreff des Verhältnisses zwischen Geld-und Freiheitsstrafen? (Referat auf d. 22. Juristentag, Sammlung 772) 93.—Empfiehlt sich hinsichtlich der Geldstrafen die Zulassung des freiwilligen Abverdienens bzw. die Androhung des erzwungenen Abverdienens in einer Anstalt? (Referat auf d. 23. Juristentag, Sammlung 848) 95.—Reformbestrebungen auf strafrechtlichem Gebiet (Preuss. Jahrbücher, Sammlung 829) 94.—Ueber Thurneysens Kritik des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Zeitschr. f. Schweizer Strafr., Sammlung 815) 94.

v. Schwarze, Die Freiheitsstrafe 80. Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafen 82. Wach, Reform der Freiheitsstrafen 90. Sichart, Ueber Rückfälligkeit der Verbrecher 81. Aschrott, Zur Reform des d. Straf-u. Gefängniswesens, in Liszts Zeitschr. 8, 1. Ersatz Kurzzeitiger Freiheitsstr. 89. Rosenfeld, Kurzzeitige Freiheitsstr. 89. Appelius, Bedingte Verurteilung 4. A. 91.—Behandlung jugendl. Verbrecher 92. Fuhr, Polizeiaufsicht 88. v. Hippel, Korrektionelle Nachhaft 89.—Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei u. Arbeitsschen 95. Zucker, Einige dringende Reformen d. Strafrechtspflege 96. Korn, Deportation 98. Verhandlungen des 24. Juristentags über Deportation 98.

Въ прочемъ сравни относительно „уголовной политики" Lisst Lehrb. § 16, многочисленныя статьи въ „Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw" и „Mitteilungen" основаннаго въ 1889 г. Листомъ съ другими „Internationalen Kriminalistischen Vereinigung" съ 89.

§ 777.

Относительны формы присужденія наказанія различаютъ *главныя* и *побочныя наказанія*. Первыя могутъ быть наложены самостоятельно, вторыя—только въ связи съ главными.

§ 778.

Важнѣйшія главныя наказанія по германскому уголовному праву суть выше поименованныя (§ 752). Между примѣняемыми имъ побочными наказаніями слѣдуетъ указать:

Лишеніе почетныхъ гражданскихъ правъ, которое влечетъ за собою многочисленныя правоограниченія (потерю публичныхъ должностей и званій и правъ, возникающихъ по выборамъ, пріостановку способности пріобрѣтать первыя и вторыя, какъ и способности поступать въ германскую армію или императорскій флотъ и т. д.);

болѣе ограниченное и въ свою очередь различно организованное наказаніе обращенное на честь лишеніе права занимать публичныя должности;

допустимость полицейскаго надзора по отбытіи главнаго наказанія; конфискацію орудій и плодовъ деликта.

§ 779.

Право государства на опредѣленіе наказанія и вообще все юридическое отношеніе, которое отсюда вытекаетъ, получаютъ свою опредѣленную форму обыкновенно только при посредствѣ судейскаго приговора.

См. § 317 и сл. Уголовноправовыя послѣдствія деликтовъ различаются въ этомъ пунктѣ отъ другихъ послѣдствій деликтовъ. Возмѣщеніе можетъ быть требуемо и быть дано и безъ судейскаго вмѣшательства. Напротивъ денежный штрафъ (помимо извѣстныхъ особыхъ отношеній) не можетъ быть требуемъ и не можетъ быть уплаченъ, пока не будетъ присужденъ судейскимъ приговоромъ.

§ 780.

Примѣняемыя при этомъ законныя угрозы наказаніемъ по большей части *опредѣлены только относительно*, т. е. онѣ указываютъ лишь высшее и нисшее изъ наказаній, допустимыхъ при какомъ либо видѣ деликта, и предоставляютъ такимъ образомъ судьѣ просторъ для принятія во вниманіе обстоятельствъ, отъ которыхъ зависитъ большее или меньшее юридическое значеніе даннаго деликта.

Такъ, Германское уголовное уложеніе при простой кражѣ назначаетъ минимумъ одинъ день тюремнаго заключенія, максимумъ—пять лѣтъ; съ этимъ наказаніемъ можетъ быть соединено еще лишеніе гражданскихъ почетныхъ правъ; такимъ образомъ судьѣ предоставляется возможность выбрать среди многихъ сотенъ наказанія различныхъ размѣровъ одно, соотвѣтствующее отдѣльному случаю.

Относительно опредѣленія наказанія для отдѣльнаго деликта, какъ и при совпаденіи нѣсколькихъ деликтовъ: Merkel, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, Darmstadt 62.—Strafausmessung u. Strafminderung въ Holtzendorff „Strafrechtszeitung“ 64 S. 345, 65 S. 129 и въ его „Handbuch“ II, 545 IV, 207.—Lehrb. § 94 ff.

§ 781.

Руководящіе принципы для оцѣнки особенностей каждаго отдѣльнаго случая должны быть получены путемъ примѣненія содержанія уголовныхъ законовъ по аналогіи (§ 105) и сл.).

§ 782.

Такъ какъ право государства на наказаніе виновнаго заключаетъ въ себѣ публично-правовой характеръ, то осуществленіе его урегулировано правовыми нормами связывающаго (обязательнаго) характера (*jus cogens* § 99).

Относительно основныхъ задачъ науки уголовнаго права, спеціально по вопросу объ основаніи мѣрѣ и цѣли наказаній, должно отослать къ общей

части, гдѣ онѣ нашли свое разрѣшеніе. По большей части упомянутые вопросы были очень изолированы и разработывались такъ, какъ будто уголовное право есть нѣчто toto genere отличное отъ всего прочаго права, а не простое примѣненіе общихъ принциповъ права къ особеннымъ отношеніямъ. Сказанное сохраняетъ значеніе для большинства, такъ называемыхъ, „теорій уголовнаго права", имѣющихъ предметомъ названныя задачи.

Въ дѣйствительности же соединеніе фактическихъ составовъ и юридическихъ послѣдствій въ этой области непремѣнно подчинено тѣмъ-же самымъ господствующимъ точкамъ зрѣнія, какъ и вездѣ въ другихъ случаяхъ (см. § 239 и сл.). Фактическій составъ деликтовъ имѣетъ одинаковое значеніе какъ для ихъ уголовно-правовыхъ юридическихъ послѣдствій, такъ и для всѣхъ другихъ, подобно тому, какъ фактическій составъ юридическихъ сдѣлокъ имѣетъ значеніе для юридическихъ послѣдствій послѣднихъ, причемъ и вліяніе объективнаго права на образованіе этихъ послѣдствій находится въ обѣихъ областяхъ въ одинаковомъ отношеніи къ участвующимъ соціальнымъ силамъ. Точно также соединеніе фактическихъ составовъ и юридическихъ послѣдствій въ разсматриваемой области права имѣетъ одинаковое отношеніе къ вопросамъ цѣлесообразности и справедливости. Такое соединеніе цѣлесообразно постольку, поскольку служитъ общему назначенію всѣхъ юридическихъ послѣдствій охранять неприкосновенность ввѣренныхъ праву интересовъ и господство права; мы считаемъ его справедливымъ, поскольку соразмѣрность юридическихъ послѣдствій и лежащее въ основаніи обсужденіе и оцѣнка фактическаго состава послѣдовали въ согласіи съ нашими этическими представленіями.

Между теоріями уголовнаго права выдѣляются двѣ группы, изъ которыхъ одна (группа теорій „абсолютныхъ") основаніе и мѣру для наказанія находитъ въ самомъ учиненномъ деликтѣ, слѣдовательно въ прошедшемъ; другая—(группа „относительныхъ" теорій) находитъ свое основаніе въ томъ, что, по воззрѣнію соотвѣтствующихъ авторовъ, должно быть съ пользою достигнуто при посредствѣ наказанія, слѣдовательно, ея задачи лежатъ въ будущемъ. Однако, что сказали-бы, если бы основаніе и мѣру для обязательства уплаты должникомъ одни относили къ прошлому—къ заключенію юридической сдѣлки, другіе къ будущему къ удовлетворенію вѣрителя. Или, обращаясь къ аналогичнымъ отношеніямъ, если-бы медики заспорили о томъ, слѣдуетъ-ли искать основаніе и мѣру для леченія паціента въ послѣдовавшемъ заболѣваніи его или въ исцѣленіи, которое надлежитъ вызвать! [Такимъ же путемъ нужно разсматривать нападки представителей „наказанія цѣли" на сторонниковъ „идеи возмездія". Идея возмездія и мысль о цѣли, вѣрно понятыя, не составляютъ противоположности; цѣлесообразная форма системы наказаній непремѣнно соотвѣтствуетъ идеѣ возмездія; только осуществленіе мысли о цѣли не должно вести къ тому, чтобы оспаривались основы уголовнаго права (какъ и права вообще). См. § 776].

Lehrb. § 69 f., 72 i. f. Merkel, Rektoratsrede (§ 144). Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht 92. Rechtliche Verantwortlichkeit 95. Binding, Grundriss § 80 ff. v. Bar, Geschichte des Strafr. und der Strafrechtstheorien 82 (сюда-же Merkel, Sammlung 478). Laistner, Das Recht in der Strafe 72. Pfenniger, Begriff der Strafe 77. Binding, Problem der Strafe въ Grünhuts Zeitschr. IV. ,v. Liszt Zweckgedanke im Strafr., въ его Zeitschr. III, 1. Kriminalist. Aufgaben IX, 717. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (gegen Merkel und Miltelstädt) XIII. Psycholog. Grundlagen d. Kriminal politik XVI. 477. Lammasch, Zwecke u. Mittel der Strafe eod. IX, 423. Liepmann, Ethische Grundlagen d. Schuldbegriffs XIV, 446. Mittelstädt, Schuld u. Strafe im „Gerichtssaal" 46. Janka, Grundlagen d. Strafschuld 85. Seuffert. Einige Grundfragen d. Strafr. 86. Finger, Begründung d. Strafr. v. determinist. Standpunkt 87. Lombroso, Der verbrecherische Mensch, 2. A. 87. Löning, Begründung des Strafr 89. Günther, Jdee der Wiedervergeltung

in Geschichte u. Philos. des Stafr. 89 (сюда-же Merkel, Sammlung 684). Richard Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege 95. Vargha. Abschaffung der Schuldknechtschaft 96. v. Bar, Problem des Strafrechts 97. v. Calker, Strafrecht u. Ethik 97. Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System d. Freiheitsstrafen 99—Литература къ § 236.

ЧЕТВЕРТАЯ ГЛАВА.

Процессуальное право.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Вообще.

§ 783.

Лица и учрежденія, при посредствѣ которыхъ отъ начала до конца должна быть разрѣшена задача процесса и выполненъ соблюдаемый при этомъ порядокъ производства, опредѣляются процессуальнымъ правомъ.

Въ настоящее время въ Германіи процессуальныя нормы, поскольку существуютъ отдѣльныя оговорки въ пользу земскаго права, принадлежатъ къ имперскому и, слѣдовательно, къ общему праву.

Общую характеристику задачи процесса см. въ §§ 342—347.

§ 784.

Это общее процессуальное право содержится главнымъ образомъ въ 3 большихъ законодательныхъ трудахъ и въ относящихся сюда вводныхъ законахъ. Сюда относятся:

Судоустройство Германской Имперіи,

Положеніе о Гражданскомъ Судопроизводствѣ Германской Имперіи,

Положеніе объ Уголовномъ Судопроизводствѣ Германской Имперіи.

Первый упомянутый законъ имѣетъ предметомъ лица и учрежденія, оба другихъ—порядокъ, съ соблюденіемъ котораго задача процесса должна найти свое разрѣшеніе.

Эти законы вступили въ силу съ 1 октября 1879 года.

§ 785.

Къ нимъ присоединяется одновременно вступившее въ силу Имперское Положеніе о конкурсномъ производствѣ для особыхъ случаевъ имущественной несостоятельности (неспособности къ платежу или задолженности) должника, когда вслѣдствіе затруднительности осуществленія задачи процесса наступаетъ особое производство.

Въ дополненіе къ имперскимъ судебнымъ законамъ присоединяются положеніе о присяжныхъ повѣренныхъ Германской Имперіи, касающееся организаціи адвокатуры, законъ о судебныхъ издержкахъ и положенія о различныхъ обязанностяхъ свидѣтелей и т. д.—Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

§ 786.

Одновременно съ Гражд. Улож. Германской Имперіи, вступило въ силу въ новой редакціи, предписанной закономъ 17 мая 1887 года, Положеніе о Гражданскомъ Судопроизводствѣ.

Извѣстныя измѣненія по необходимости вытекали изъ преобразованія и объединенія частнаго права; одновременно съ тѣмъ однако воспользовались случаемъ (подобно тому, какъ и при новомъ Торговомъ Уложеніи, см. § 558), чтобы провести также нѣкоторыя измѣненія въ судопроизводствѣ па основаніи указаній предыдущаго опыта практики, не отказываясь при этомъ всетаки отъ основъ стараго Положенія о гражданскомъ процессѣ. Одновременно получило новую редакцію и положеніе о конкурсномъ производствѣ.

До послѣдняго времени предоставленнымъ земскому праву оставалось исполненіе судебныхъ приговоровъ (Die Zwangsvollstrekung) въ отношеніи земельныхъ участковъ; это исполненіе теперь тоже урегулировано однообразно—отчасти въ новомъ положеніи о гражданскомъ судопроизводствѣ. отчасти въ особомъ имперскомъ законѣ 24 марта 1897 года о «принудительной продажѣ съ публичныхъ торговъ и о принудительномъ управленіи»

Матеріалы къ новому положенію о гражданскомъ судопроизводствѣ изданы Mugdan, въ качествѣ 8 тома выше приведеннаго собранія Hahn.

Важное мѣсто въ законодательствѣ о гражданскомъ процессѣ занимаетъ новое австрійское положеніе о гражданскомъ процессѣ 1 августа 1895 года, отклоняющееся отъ германскаго въ рядѣ принципіальныхъ вопросовъ.

Литература къ гражданскому процессуальному праву: Старый общій процессъ: Wetzell, System d. ordentl. C. P., 3. A. 78. Heffter, тоже, 2. A. 43. Linde, Lehrb., 7. A. 50. Bethmann-Hollweg, D. C. P. des gem. Rechts in geschichtl. Entwicklung, 6 Bde., 64 ff. Planck, D. deutsche Gerichtsverfahren d. Mittelalters 79 f. Siegel, Gesch. des d. Gerichtsverfahrens 57. Новый общій процессъ: Wach, Handbuch I, 85. Vorträge zur C. P. O. 2. A. 96. Planck, Lehrb. I, 87, II, 95. Engelmann, Der C. P. 89. Richard Schmidt, Lehrb. (съ обширнымъ историческимъ обзоромъ) 98: какъ дополненіе: Die Aenderungen d. Civilprozessrechts nach d. Novellen v. 98. Fitting, Reichscivilpr., 9. A. 98. Обзоръ Bar'a въ Holtzendorff. Encyclop. Stein, Aktenstücke z. Einführung in den C. P., 4. A. 99—Коментаріи: Gaupp-Stein, 4. A. 99. Struckmann-Koch, 7. A. 1900. Seuffert, 95. Wilmowsky-Levy 91. Petersen, 4. A. 99,—Stölzel, Schulung f. d. civilist. Praxis, 3. A. 98.—Laband, Staatsrecht, Kap. 13: Gerichtswesen. A. S. Schultze, Privatrecht u. Prozess in ihrer Wechselbeziehung 83. Schwarz, 400 Jahre deutscher Civilprozessgesetzgebung 98.—Bethmann-Hollweg, Versuche z. Theorie des C. P. 27. Bülow, Lehre v. den Prozesseinreden u. die Prozessvoraussetzungen 68. Degenkolb, Einlassungszwang u. Urteilsnorm 77. v. Bar, Recht u. Beweis im C. P. 67. Maxen, Ueber Beweislast ect. 61. Zink, Ermittlung des Sachverhalts im französ. C. P. 60. Heusler. Grundlagen des Beweisrechts, Arch. f. civ. Pr,, Bd. 62. Wendt, eod. 1. 63. Bülow, Civilprozess. Fiktionen und. Wahrheiten, eod. 1. 62. Geständnisrecht 99. Wach, Das gerichtl. Geständniis, Civ. Arch. 64. Die civildrozess. Enquete, Z. f. C. P. Bd. 11. Glaser, Kl.Schriften II, 83. Kohler, Prozessual. Forschungen 89. R. Schmidt, Aussergerichtliche Wahrnehmungen d. Prozeszrichters 92, Stein, Das private Wissen d. Richters 93. Ueber die bindende Kraft der richterl. Entscheidung 97.—Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 44.—Briegleb, Einleitung in d. Theorie d. summarischen Prozesse 59. Stein, Urkundenprozess 87.—Klein, Pro futuro, Betr. über Probleme d. C. P. Reform 90. Die österr. C. P. gesetzentwürfe, Z. f. C. P. 19. Wach, Die Mündlichkeit im österr. C. P. Entwurf 95.

Конкурсное право: A. Schultze 80. Kohler, Lehrb. 91. Oetker, R. rechtl. Grundbegriffe 91. L Seuffert, D. K. prozessrecht 99. Jäger, K. Ordnung 99. Fitting 98. Коментаріи между прочимъ Petersen-Kleinfeller, Wilmowski и др.

Zeitschrit f. deutschen Civilprozess, begr. v. Busch, съ 79.

§ 787.

1 октября 1900 года также вступило въ силу единое военно-уголовное процессуальное право для всей Имперіи на основаніи возникшаго послѣ должнаго обсужденія Положенія о военно-уголовномъ судопроизводствѣ отъ 1 декабря 1898 г.

Weiffenbach, Einführung in d. Militaerstrafgerichtsordnung 1900 г.

§ 788.

Ядро процессуальныхъ учрежденій составляютъ суды.

Они суть носители «*судебной власти*», т. е. права на руководящее опредѣленіе фактическихъ составовъ и ихъ юридическихъ послѣдствій.

Это опредѣленіе совершается въ формѣ судебныхъ рѣшеній.

§ 789.

Съ этимъ *опредѣленіемъ* можетъ быть соединена забота о *приведеніи* въ дѣйствіе опредѣленныхъ юридическихъ послѣдствій, т. е. о принудительномъ исполненіи судебныхъ рѣшеній, (гдѣ таковое необходимо).

Это принудительное исполненіе (экзекуція) можетъ быть также передана особымъ органамъ и, по дѣйствующему имперскому праву, ввѣрено главнымъ образомъ особымъ исполнительнымъ присутственнымъ мѣстамъ, судебнымъ исполнителямъ.

§ 790.

Поставленная судамъ задача требуетъ ихъ независимости (см. § 426). Послѣдняя предоставлена имъ въ двоякой формѣ:

во-первыхъ въ видѣ *предметной* (sachlich) независимости, причемъ они въ своихъ рѣшеніяхъ связаны только законами, (а не возможными указаніями, исходящими отъ главы государства или министерства);

во-вторыхъ въ видѣ *личной* независимости, при чемъ члены судейской корпораціи для того, чтобы упомянутая вещная независимость сдѣлалась дѣйствительною, не могутъ произвольно быть смѣщаемы съ должности или переводимы.

§ 791.

Германскіе суды отчасти суть органы имперіи, по большей же части органы государствъ — членовъ союза.

Къ первымъ въ тѣсномъ смыслѣ принадлежитъ такъ называемый Имперскій судъ въ Лейпцигѣ, который вообще составляетъ вершину судебной организаціи, и созданный новымъ положеніемъ о военно-уголовномъ судопроизводствѣ Высшій Военный судъ въ Берлинѣ, какъ вершина военно-уголовнаго правосудія.

Ко вторымъ относятся наряду съ имперскимъ судомъ важнѣйшіе судебные органы: амтсгерихты [1]), суды, земскіе суды и высшіе земскіе суды; точно также и нисшіе военно-уголовные суды.

§ 792.

Суды находятся относительно другъ друга отчасти въ отношеніи координаціи, отчасти въ отношеніи верховенства и подчиненія (соотношеніе нѣсколькихъ «инстанцій», цѣпь инстанцій).

Первое имѣетъ силу для судовъ одинаковаго наименованія, дѣйствующихъ съ компетенціей дѣлъ одинаковаго рода въ различныхъ судебныхъ округахъ наряду другъ съ другомъ.

Второе имѣетъ силу для судовъ различнаго наименованія, изъ которыхъ одинъ при извѣстныхъ условіяхъ имѣетъ право отмѣнять или измѣнять рѣшеніе другого.

§ 793.

Вопросъ о томъ, какой судъ долженъ функціонировать въ опредѣленномъ дѣлѣ, разрѣшается правилами о компетенціи судовъ по предметамъ и мѣсту (подсудность).

Предметная компетенція указываетъ, какой родъ судовъ долженъ быть избранъ для даннаго конкретнаго случая, компетенція по мѣсту,— изъ равноправныхъ судовъ того-же рода который именно.

Напр., дѣло идетъ объ убійствѣ, совершенномъ въ С. По предмету компетентнымъ для суда надъ виновнымъ здѣсь будетъ судъ присяжныхъ, *по мѣсту* компетентнымъ будетъ судъ присяжныхъ того округа, гдѣ совершено преступленіе, точно какъ и судъ присяжныхъ округа, гдѣ виновный имѣетъ свое мѣстожительство. Для подсудности предметной вообще является рѣшающей тяжесть деликта (при гражданскихъ процессахъ цѣнность спорнаго иска); для подсудности по мѣсту рѣшающимъ является отношеніе предмета разбирательства къ округу опредѣленнаго суда и при томъ отношеніе того рода, о которомъ была рѣчь въ §§ 327 и сл. (територіальныя и личныя отношенія).

§ 794.

При всякомъ спорномъ судебномъ дѣлѣ принимаются во вниманіе по крайней мѣрѣ два участвующихъ субъекта: одинъ предполагаемый обладатель права, въ пользу котораго подтверждается опредѣленный фактическій составъ и получаютъ силу опредѣленныя юридическія послѣдствія, и другой—предполагаемое обязанное лицо, противъ котораго направляется дѣятельность права.

Эти субъекты называются въ области процессуальнаго производства разсматриваемаго судебнаго дѣла *сторонами процесса.*

Эти стороны противупоагаются другъ другу, если дѣло идетъ о гражданскихъ дѣлахъ, въ качествѣ «истца» и «отвѣтчика»; если-же дѣло идетъ о дѣлахъ уголовныхъ, то—въ качествѣ «обвинителя» и «обвиняемаго».

---

[1]) Нѣчто вродѣ русскихъ мировыхъ судовъ.

В уголовномъ процессѣ это отношеніе сторонъ всетаки болѣе внѣшнее формальное, такъ какъ публичный интересъ, представителемъ котораго является обвинитель, не направляется односторонне на осужденіе обвиняемаго—какъ въ гражданскомъ процессѣ, гдѣ интересъ истца заключается въ выигрышѣ дѣла—но на установленіе его виновности или невиновности и, смотря по тому, на его осужденіе или на его оправданіе (ср. § 822).

§ 795.

Стороны въ процессѣ суть носители опредѣленныхъ процессуальныхъ правъ, и имъ предоставлено болѣе или менѣе глубокое вліяніе на урегулированное закономъ судопроизводство.

Къ этимъ правамъ принадлежитъ въ особенности то, что сторонамъ судьею равномѣрно должна быть предоставлена возможность быть выслушанными (audiatur et altera pars; принципъ производства посредствомъ „возраженій"). Предоставленное сторонамъ вліяніе подходитъ подъ двоякую точку зрѣнія. Съ одной стороны является желательнымъ предоставить тѣмъ, о чьихъ интересахъ идетъ дѣло, вступаться за нихъ и приводить доказательства, находящіяся въ ихъ распоряженіи, въ пользу того, что право находится на ихъ сторонѣ. Во-вторыхъ является полезнымъ для согласнаго съ истиною рѣшенія задачи процесса, чтобы стороны, побуждаемыя своими интересами, содѣйствовали-бы разъясненію положенія вещей. Старанія сторонъ, исходящія изъ противоположныхъ точекъ зрѣнія, увеличиваютъ вѣроятность всесторонняго освѣщенія фактовъ и въ то-же время даютъ свободу судьѣ, которому вообще тѣмъ легче сохранить подобающее ему положеніе внѣ партій и достичь непредвзятаго, свободнаго отъ односторонностей обсужденія процессуальнаго дѣла, чѣмъ болѣе дѣйствуютъ стороны, какъ представители противорѣчащихъ другъ другу интересовъ.

Несмотря на признаніе этой точки зрѣнія, юридическое положеніе сторонъ въ процессѣ и ихъ отношеніе къ судьѣ можетъ быть нормировано очень различно и спеціально въ Германіи опредѣлено иначе въ гражданскомъ, чѣмъ въ уголовномъ процессуальномъ правѣ. Если, напр., въ гражданскомъ процессѣ сторона не воспользуется предоставленнымъ ей случаемъ быть выслушанною, не явившись въ указанный срокъ передъ судомъ, то къ ея невыгодѣ имѣетъ мѣсто одностороннее „производство въ виду промедленія" (Versäumnisverfahren) и можетъ послѣдовать противъ нея „заочное рѣшеніе".

Напротивъ, въ уголовномъ процессѣ въ отсутствіи подсудимаго производство и рѣшеніе допустимы только по исключенію, за то его прибытіе въ судъ можетъ быть вынуждено. См. относительно дальнѣйшихъ различій въ положеніи сторонъ §§ 812 и сл.

§ 796.

Судебное производство по дѣйствующему германскому праву приводится въ движеніе возбужденіемъ *иска* или *обвиненіемъ*, слѣдовательно дѣйствіемъ стороны.

Иниціатива здѣсь естественно падаетъ на ту сторону, которая хочетъ осуществить предполагаемое право. Судейское рѣшеніе есть отвѣтъ на поставленный вопросъ. Возбужденіе послѣдняго и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣленіе предмета рѣшенія не есть судейская функція, хотя прежнее общее германское право при уголовныхъ дѣлахъ ввѣряло эту функцію судамъ.

§ 797.

Важнѣшими *элементами* самаго *производства* являются вообще:

дѣйствія сторонъ, имѣющія отношеніе къ дальнѣйшему ходу производства;

руководящія процессомъ дѣйствія суда;

дѣйствія сторонъ и (въ уголовномъ процессѣ) суда, направленныя на выясненіе положенія вещей: предъявленіе доказательствъ,—изслѣдованіе;

судебныя рѣшенія;

дѣйствія, приводящія рѣшенія въ исполненіе.

§ 798.

Главное средство для выясненія положенія вещей, слѣдовательно, главныя средства «доказательства» суть:

«судейское удостовѣреніе», (richterliche Augenschein), т. е. дѣйствіе судьи, посредствомъ котораго онъ въ силу собственныхъ чувственныхъ воспріятій получаетъ свѣдѣнія о природѣ извѣстныхъ отношеній или о предметахъ, важныхъ для его рѣшенія;

свидѣтели, т. е. третьи лица, въ процессѣ не участвующія въ качествѣ стороны (или ихъ законныхъ представителей) и долженствующія сообщить судьѣ свои чувственныя воспріятія объ опредѣленныхъ фактахъ;

эксперты;

документы;

въ гражданскомъ процессѣ кромѣ того присяга одной стороны и притомъ по германскому процессуальному праву или въ формѣ присяги «предлагаемой» одною стороною другой (или послѣднею отклоняемой), или въ видѣ присяги «возлагаемой» судьею на одну изъ сторонъ [1]).

Относительно значенія принятія присяги, выходящаго за предѣлы дѣйствія другихъ доказательствъ, § 803, прим.

О различномъ значеніи собственнаго сознанія одной стороны въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ §§ 816 и 826.

§ 799.

Пользованіе этими доказательствами покоится на основныхъ положеніяхъ права; это есть право доказыванія.

Изслѣдованіе истины въ процессѣ не можетъ предоставляться усмотрѣнію участвующихъ, какъ то имѣетъ мѣсто при научныхъ вопросахъ. Въ процессѣ необходимо регулированіе, такъ какъ судья по необходимости долженъ приходить къ получающимъ положительное значеніе рѣшеніямъ, касающимся не собственныхъ, но чужихъ интересовъ. Это регулированіе должно сдѣлать ходъ процессуальнаго изслѣдованія истины въ извѣстной мѣрѣ констролируемымъ и представить гарантіи противъ возможныхъ заблужденій, односторонностей и произвола. Сюда присоединяется еще то обстоятельство, что для достиженія означенной цѣли часто приходится прибѣгать къ содѣйствію не заинтересованныхъ лицъ (въ особенности свидѣтелей) и ставить нѣкоторыя ограни-

---

[1]) Присяга, какъ видъ доказательства въ гражд. процессѣ извѣстна русскому праву. *Ред.*

ченія свободы.—Для этого-то и необходима юридическая нормировка. Съ разсматриваемымъ вопросомъ не нужно смѣшивать другой вопросъ, не слѣдуетъ-ли регулировать юридическими предписаніями не только доставленіе и примѣненіе доказательствъ, но также оцѣнку ихъ данныхъ со стороны судьи: объ этомъ ср. § 803.

§ 800.

Между судебными рѣшеніями наибольшее значеніе придается «*окончательному рѣшенію*».

Это есть рѣшеніе, въ которомъ процессъ главнымъ образомъ (весь или только относительно своей части) долженъ найти въ подлежащей инстанціи свое окончательное разрѣшеніе.

§ 801.

Составленію и объявленію окончательнаго рѣшенія по германскому современному праву необходимо предшествуетъ *устное* и (за нѣкоторыми исключеніями, точно ограниченными въ законѣ) *публичное производство* передъ судомъ, къ тому призваннымъ.

§ 802.

Для значенія окончательнаго рѣшенія имѣетъ силу тотъ принципъ, что рѣшеніе должно быть основано на фактически предъявленныхъ данныхъ, на доказательствахъ и изслѣдованіи вопроса въ процессуальномъ производствѣ—принципъ *непосредственности*.

§ 803.

Судъ рѣшаетъ дѣло принципіально по своему *свободному убѣжденію*, почерпнутому изъ всего содержанія устнаго производства.

Противоположность этому принципу „свободной оцѣнки доказательствъ" составляетъ связанность судьи правилами закона о доказательствахъ. Въ этомъ случаѣ судья принужденъ считать факты доказанными или не доказанными, смотря по тому, приведены или не приведены опредѣленныя доказательства, ближе указанныя въ законѣ (напр. согласное показаніе двухъ достовѣрныхъ свидѣтелей).

По древнѣйшему общему праву производство въ противоположность современному было письменное и тайное, и рѣшеніе судьи въ связи съ этимъ было связано подробными правилами закона о доказательствахъ.

Германское право знаетъ таковыя правила, какъ исключенія изъ упомянутаго принципа, по существу только въ гражданскомъ процессѣ для нѣкоторыхъ (впрочемъ важныхъ) случаевъ: для доказательствъ посредствомъ документовъ и присяги. Напр., принятіемъ присяги сторона устанавливаетъ полную доказанность факта, въ пользу котораго присягаетъ, въ силу чего этотъ фактъ болѣе уже не подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ въ смыслѣ своей достовѣрности *).

*) Тоже самое по русскому праву.

§ 804.

Судейскія рѣшенія могутъ, по большей части при опредѣленныхъ условіяхъ и въ предѣлахъ извѣстныхъ сроковъ, оспариваться сторонами (и иногда также ими затронутыми третьими лицами, см. примѣръ § 806); послѣдствіемъ такого оспариванія является возобновленіе изслѣдованія и разрѣшенія соотвѣтствующихъ вопросовъ выше стоящимъ судомъ.

Такое оспариваніе совершается посредствомъ «примѣненія юридическаго средства».

§ 805.

Германское имперское право знаетъ слѣдующія юридическія средства:
аппеляцію,
ревизію (кассаціи),
частную жалобу.

§ 806.

Аппеляція и ревизія касаются окончательныхъ рѣшеній.

Посредствомъ ревизіи окончательное рѣшеніе можетъ оспариваться только вслѣдствіе предполагаемаго нарушенія закона, т. е. поскольку жалующаяся сторона настаиваетъ на непримѣненіи или ошибочномъ примѣненіи правового положенія.

Посредствомъ аппеляціи наоборотъ постановленіе суда подлежитъ оспариванію также вслѣдствіе предполагаемаго невѣрнаго обсужденія фактовъ, лежащихъ въ основѣ рѣшенія (quaestio facti § 345).

Частная жалоба дается противъ всякихъ другихъ постановленій, кромѣ окончательныхъ (напр. противъ опредѣленія, которымъ свидѣтель присуждается къ наказанію вслѣдствіе отказа отъ дачи показанія).

§ 807.

Окончательное рѣшеніе, не подлежащее болѣе оспариванію, называется «*получившимъ силу права*».

Не подлежащія болѣе оспариванію судебныя постановленія имѣютъ положительную силу для даннаго конкретнаго процессуальнаго дѣла, участвовавшихъ въ немъ сторонъ и ихъ юридическихъ преемниковъ (по исключенію въ процессахъ о статутахъ, напр., о дѣйствительности брака, также и для не участвующихъ въ процессѣ третьихъ лицъ); положительная сила судебнаго рѣшенія не зависитъ отъ его согласія съ фактами и положеніями права «res judicata pro veritate habetur», «jus facit inter partes» — судебныя рѣшенія создаютъ «формальную правду» (см. § 347).

§ 808.

При особыхъ обстоятельствахъ однако можетъ послѣдовать *возобновленіе* производства, уже законченнаго окончательнымъ получившимъ силу права рѣшеніемъ. Это происходитъ, напр., если приговоръ основывается

на клятвонарушительномъ лжесвидѣтельствѣ и свидѣтель присужденъ за лжеприсягу къ наказанію, вступившему въ законную силу.

§ 809.

Съ извѣстными различіями подлежащихъ разрѣшенію юридическихъ дѣлъ находятся въ связи различія въ организаціи процессуальнаго производства и процессуальныхъ учрежденій.

Такъ, производство передъ амтсгерихтомъ, которому подлежатъ менѣе значительныя дѣла, обнаруживаетъ особенности по сравненію съ производствомъ въ другихъ судахъ. Такъ, наряду съ обыкновеннымъ «ординарнымъ производствомъ», для опредѣленныхъ притязаній въ интересѣ ихъ болѣе скораго исполненія предусмотрѣны ускоренные («суммарные») виды процесса, ведущіе поэтому только къ провизорнымъ (предварительнымъ) рѣшеніямъ.

Въ особенности же различія, существующія между гражданскими и уголовными дѣлами, находятъ свое выраженіе въ принципіальныхъ различіяхъ между гражданскимъ и уголовнымъ процессуальнымъ правомъ.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Гражданскій и уголовный процессъ въ ихъ отношеніи другъ къ другу.

§ 810.

Соотвѣтствуя различной природѣ *гражданскихъ* и *уголовныхъ дѣлъ*, въ гражданскомъ процессѣ противостоятъ другъ другу иныя стороны, чѣмъ въ уголовномъ, и юридическое положеніе этихъ сторонъ въ первомъ случаѣ иное, чѣмъ во второмъ.

Литература по уголовному процессуальному праву: Старый общій уголовный процессъ: Planck, System. Darstellung 57; Zachariä, Handb. 61 ff.

Имперскій уголовный процессъ: Hanb. des d. Strafp. in Einzelbeiträgen, hrsg. v. Holtzendorff 77 ff. Glaser, Handb. 83, 86. Geyer, Lehrb. 81. John, Strafprozessordn. f. d. d. R., 3 Bde., 84 ff. (неоконч.) его-же, Uebersicht въ Holtzendorffs Encyclopädie. Dochow-Hellweg, d. R. St. P., 4. A. 90. Stenglein, Lehrb. 87. v. Kries, тоже 92. Ullmann, тоже 93. Bennecke, тоже 95. Birkmeyer, Das Strafprozessrecht 98. Binding, Grundriss, 4. A. 1900.

Комментаріи въ особенности Löwe, 9. A. 98. v. Schwarze, 78. Stanglein, 3. A. 98 f. R, Schmidt, Aktenstücke z. Einf. in d. St. P., 2. A. 97. v. Hippel тоже 98.

Mommsen, Römisches Strafr. 99. München, Kanonisches Gerichtsverfahren u. Strafr. 74. Kries. Der Beweis im St. P. des Mittelalters 78. R. Löning, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im M. 80. Lindner, Die Beme 88. Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis 78. Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richtertums 72.— Glaser, Das engl schottische Srafverfahren 50.—Anklage, Wahrspruch, Rechtsmittel im engl. Schwurgerichtsverfahren 56. Heinze, Parallele zw. der engl. Jury und dem französisch—deutschen Geschworenengericht. v. Schwarze, Das Schwurgericht u. dessen Reform. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte 72 (и его „d. Rechtsgeschichte“ см. выше). Glaser, Beitr. zur Lehre v. Beweis 83. Rupp, Der Beweis

im Strafverf. 84. Binding, Die 3 Grundfragen zur Organisation des Strafgerichts 76. Friedmann, Handb. der Verteidigung 78. Vargha, V. in. Strafsachen 79. R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger 91. Kries, Die Rechtsmittel 80. H. Meyer, Die Parteien im St. P. 89.

§ 811.

I. Въ *гражданскомъ* процессѣ дѣло идетъ объ установленіи *частноправовыхъ* фактическихъ составовъ и юридическихъ послѣдствій (§§ 91, 192, 284 и сл., 294 и сл.).

Поэтому въ качествѣ сторонъ процесса здѣсь противостоятъ другъ другу носители предполагаемыхъ или дѣйствительныхъ правъ и обязанностей частноправоваго характера.

§ 812.

Но для частнаго права съ одной стороны характерно то обстоятельство, что въ извѣстномъ объемѣ оно предоставляетъ охраненіе своихъ правовыхъ интересовъ самимъ отдѣльнымъ лицамъ, съ другой стороны въ то же время позволяетъ имъ распоряжаться своими правами и ихъ осуществленіемъ въ извѣстныхъ границахъ по усмотрѣнію.

Это особое положеніе субъектовъ права въ частно-правовой области находитъ свое выраженіе въ рядѣ гражданско-процессуальныхъ началъ, которыя обыкновенно обозначаются словами «*диспозитивный принципъ*» (именно право распоряженія сторонъ своимъ частнымъ правомъ также въ предѣлахъ процесса) или также «принципъ состязательный».

§ 813.

Сюда относится возбужденіе жалобы по усмотрѣнію обладателя частнаго права и приведеніе органовъ государства по данному поводу въ дѣйствіе только при посредствѣ таковой жалобы.

„Nemo invitus agere cogitur“.—Въ связи съ этимъ часто также приводимое правило: „nemo judex sine actore“ не содержитъ ничего характернаго для гражданскаго процесса, такъ какъ по дѣйствующему праву оно имѣетъ силу также и для уголовнаго процесса (§ 796), съ той лишь разницей, что въ послѣднемъ случаѣ мѣсто actio privata заступаетъ actio publica (публичное обвиненіе).

§ 814.

Сюда относится далѣе то обстоятельство, что судья во время производства, помимо руководящихъ процессомъ дѣйствій, вообще ничего не предпринимаетъ по собственной иниціативѣ, но только на основаніи требованій сторонъ («ne procédat judex ex officio»); точно также онъ не выходитъ за предѣлы притязаній, предъявленныхъ требованіями сторонъ («ne eat judex ultra petita partium»).

§ 815.

Сюда относится далѣе то, что судейскія рѣшенія должны основываться только на такихъ фактахъ, на которые заранѣе ссылались стороны

(«quod non est in actis, non est in mundo», говорилось въ старомъ письменномъ общемъ процессѣ, между тѣмъ какъ теперь по аналогіи дѣло рѣшается ссылкой на эти факты при устномъ состязательномъ производствѣ, § 802); въ связи съ этимъ на стороны возложена забота доказывать эти факты.

Сторона можетъ точно также отказаться отъ приведенія опредѣленныхъ *доказательствъ* въ пользу опредѣленныхъ фактовъ, какъ и вообще отъ самой ссылки на эти *факты* и наконецъ отъ самыхъ *притязаній*, которыя можно основать на упомянутыхъ фактахъ.

Наоборотъ, на положенія права, поддерживающія ея притязанія, сторона можетъ не ссылаться, такъ какъ „jura novit curia".

О послѣдствіяхъ неявки одной стороны въ судъ см. выше § 795 прим.

§ 816.

Диспозитивнымъ принципомъ объясняется также значеніе судебнаго сознанія одной стороны въ гражданскомъ процессѣ, т. е. признанія факта, невыгоднаго для сознающагося въ процессуальномъ отношеніи, при чемъ таковой фактъ считается твердо установленнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ не подлежащимъ судейскому изслѣдованію относительно своей истинности.

Его дѣйствіе, слѣдовательно, соотвѣтствуетъ дѣйствію принятія стороною присяги, выше § 803 прим.

§ 817.

Потому предметомъ доказыванія являются только факты, спорные между сторонами и не представляющіеся суду въ качествѣ общеизвѣстныхъ.

§ 818.

Въ гражданскомъ процессѣ истцу надлежитъ доказать тѣ факты, на которыхъ онъ основываетъ свой искъ и которые, вслѣдствіе оспариванія ихъ противникомъ и по своей важности для рѣшенія, являются требующими доказательствъ.

Относительно этихъ фактовъ онъ несетъ «бремя доказыванія».

§ 819.

Наоборотъ на отвѣтчика падаетъ бремя доказыванія относительно тѣхъ «возраженій», которыя имъ приводятся.

Это суть такія утвержденія, которыя, даже въ случаѣ признанія истинности фактовъ, приводимыхъ въ обоснованіе иска, тѣмъ не менѣе являются пригодными для того, чтобы повлечь за собою отклоненіе послѣдняго.

Примѣромъ можетъ служить тотъ случай, когда отвѣтчикъ при искѣ о возмѣщеніи убытка вслѣдствіи поврежденія вещи (§ 683), хотя и призналъ наличность причиненія убытковъ, но въ то же время сослался на то:

что въ данномъ случаѣ отсутствовало общее условіе, дѣлающее его поведеніе юридически отвѣтственнымъ, такъ какъ онъ дѣйствовалъ въ состояніи необходимой обороны (отраженіе противоправнаго нападенія,

§ 170) или находился въ состояніи невмѣняемости, почему и не возникаетъ притязанія на возмѣщенія, чего требуетъ истецъ (возраженіе „препятствующее праву“);

или что онъ уже предоставилъ достаточное возмѣщеніе, такъ что поддерживаемое истцомъ притязаніе уже погашено (возраженіе „уничтожающее право“).

§ 820.

II. Въ *уголовномъ* процессѣ дѣло идетъ объ установленіи *уголовно-правовыхъ* фактическихъ составовъ и юридическихъ послѣдствій (§§ 291 и сл., 770 и сл. и §§ 88, 92, 198 и сл.).

Въ качествѣ процессуальныхъ сторонъ здѣсь противупоставляются другъ другу государство, въ качествѣ носителя публичнаго интереса осуществленія вышеуказанныхъ послѣдствій и заключающагося въ нихъ права, и обвиняемый въ совершеніи наказуемаго дѣянія.

§ 821.

Такъ какъ дѣло въ подобныхъ случаяхъ идетъ объ осуществленіи публичнаго интереса, то и преслѣдованіе наказуемыхъ дѣяній обыкновенно производится по долгу службы особымъ государственнымъ органомъ — государственной прокуратурой.

Послѣдней надлежитъ возбуждать и поддерживать обвиненіе противъ предполагаемаго виновника.

Поэтому говорятъ о господствующемъ въ уголовномъ процессѣ *принципѣ оффиціальности* (ср. § 825).

Государственная прокуратура не только принципіально уполномочена къ обвиненію („монополія обвиненія“, исключенія § 823), но вмѣстѣ съ тѣмъ также обязана при фактически достаточныхъ основаніяхъ возбуждать публичное обвиненіе противъ подозрѣваемаго, помимо всякихъ соображеній цѣлесообразности („принципъ законности“).

§ 822.

Тѣмъ не менѣе государственная прокуратура не занимаетъ положенія процессуальной стороны, лично заинтересованной въ исходѣ процесса (§ 794 прим.); поэтому наряду съ отягчающими моментами она принимаетъ во вниманіе также и моменты, говорящіе въ пользу обвиняемаго; прокуратура можетъ требовать какъ оправданія, такъ и примѣнять юридическія средства въ интересахъ осужденнаго низшимъ судомъ.

§ 823.

Только по исключенію дѣйствующимъ германскимъ правомъ допускается, что бы частное лицо, именно потерпѣвшій отъ соотвѣтствующаго наказуемаго дѣянія, брало на себя роль обвинителя.

Это имѣетъ мѣсто при оскорбленіяхъ и незначительныхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ *).

---

*) Тотъ же порядокъ по русскому праву. Ст. 1533 примѣч. Улож. о наказ. т. XV Свода Законовъ.

От этой „частной жалобы“ отличается „требованіе преслѣдованія“ со стороны потерпѣвшаго при деликтѣ, когда пострадавшій при нѣкоторыхъ видахъ наказуемыхъ дѣяній (такъ называемыхъ деликтовъ по требованію § 771 (Antragsdelikten) по желанію можетъ воздѣйствовать на возбужденіе публичнаго обвиненія государственной прокуратурой.

§ 824.

Публичный интересъ затрогивается не только при возбужденіи и обоснованіи обвиненія, но также и въ соотвѣтствующемъ веденіи защиты, такъ какъ осужденіе невиновнаго нарушаетъ не только *его* интересы, но въ то же время и интересы общества.

Сообразно съ этимъ предусмотрѣно то обстоятельство, чтобы обвиняемый относительно использованія всѣхъ обстоятельствъ, говорящихъ въ его пользу, и вообще относительно охраненія своихъ правовыхъ интересовъ по отношенію къ обвиненію и судебному производству, не былъ-бы предоставленъ только собственнымъ силамъ.

Скорѣе онъ долженъ получать поддержку при всякомъ обвиненіи, а при тяжкихъ обвиненіяхъ долженъ поддерживаться юридически свѣдущимъ защитникомъ.

Наказаніе невинныхъ не только не служитъ имѣющимся въ виду при наказаніи преступленій общественнымъ интересамъ, но наоборотъ *нарушаетъ* эти интересы, дискредитируя уголовное правосудіе. Наказаніе невиновныхъ устанавливаетъ при своемъ примѣненіи необезпеченность подданныхъ государства по отношенію къ уголовному правосудію, которое вслѣдствіе невозможности съ нимъ бороться и значенія наказанія для чести наказаннаго можетъ внушать больше опасеній, чѣмъ существующая необезпеченность отъ преступниковъ. Поэтому было-бы заблужденіемъ полагать, что въ уголовномъ процессѣ съ одной стороны затрогивается общій, съ другой-же стороны только индивидуальный интересъ.

§ 825.

Далѣе, дѣятельность сторонъ, направленная на доказательство вины или невиновности, находитъ себѣ пополненіе въ самостоятельной дѣятельности изслѣдованія судьи; такое пополненіе, согласно «принципу оффиціальности» (§ 821) или «принципу изслѣдованія» имѣетъ цѣлью выясненіе истиннаго положенія вещей.

§ 826.

Въ уголовномъ процессѣ, нужно замѣтить, судья не только не ограниченъ какъ въ гражданскомъ, фактами приводимыми сторонами и предъявленными ими доказательствами.

Онъ можетъ также идти дальше требованій сторонъ, напр., присудить виновнаго къ болѣе строгому наказанію, чѣмъ то требовалось обвинителемъ; съ другой стороны онъ можетъ оправдать обвиняемаго, хотя-бы подсудимый самъ призналъ себя виновнымъ, такъ какъ сознаніе подсудимаго имѣетъ въ данномъ случаѣ значеніе только доказательства и поэтому относительно своей правдоподобности подлежитъ судейскому изслѣдованію, согласно общему принципу (§ 803).

Эта форма германскаго уголовнаго процесса составляетъ съ одной стороны *противоположность* процессу гражданскому, въ которомъ господствуетъ принципъ диспозитивный, съ другой стороны заключаетъ въ себѣ противоположность „чистой слѣдственной формѣ“ прежняго общеправоваго германскаго уголовнаго процесса, въ которомъ обвиненіе и защита не имѣли самостоятельныхъ представителей и не были организованы въ качествѣ самостоятельныхъ ролей въ процессѣ, но въ качествѣ элементовъ судейской слѣдственной дѣятельности всецѣло лежали на обязанности судьи.

Принимая во вниманіе эту двоякую противоположность или скорѣе соединеніе элементовъ упомянутыхъ обоихъ типовъ, современному уголовному судопроизводству приписывается „смѣшанная процессуальная форма“.

§ 827.

Предметъ судебнаго изслѣдованія (Beweisverfahren) такимъ образомъ не ограничивается споромъ, существующимъ между сторонами, и истина, о которой идетъ рѣчь при составленіи приговора, заключается не въ совпаденіи послѣдняго съ притязаніями сторонъ (какъ гражданскомъ процессѣ), но въ согласіи съ самими важными фактами (принципъ «матеріальной правды»).

§ 828.

Забота государства о томъ, чтобы невинный не считался виновнымъ, находитъ себѣ особое выраженіе въ извѣстныхъ льготахъ, представляемыхъ обвиняемому и въ возможности возобновленія уже законченнаго производства.

Сюда-же относится то обстоятельство, что осужденіе не можетъ послѣдовать на основаніи рѣшенія простаго большинства, но (по германскому дѣйствующему праву) предполагается подтвержденіе виновности двумя третями голосующихъ судей.

Въ новѣйшее время кромѣ того невинно осужденному, невиновность котораго доказана при возобновленномъ производствѣ, государствомъ предоставляется вознагражданіе. Ср. § 696.

§ 829.

Въ болѣе важныхъ уголовныхъ дѣлахъ гласному, устному производству передъ разсматривающимъ дѣло судомъ предшествуетъ судебное «предварительное слѣдствіе».

§ 830.

Въ Германіи въ настоящее время уголовныя дѣла, обыкновенно разбираютъ *коллегіи судей*; въ гражданскихъ дѣлахъ въ широкомъ объемѣ— также *единоличные судьи*: именно амтсрихтеръ въ качествѣ первой инстанціи по незначительнымъ дѣламъ, (представляющимъ цѣнность до 300 марокъ), и въ особенности по дѣламъ простымъ или нетерпящимъ отлагательства.

§ 831.

Далѣе, въ судѣ по уголовнымъ дѣламъ при тяжкихъ и легкихъ деликтахъ принимаютъ участіе представители общества (Laien), т. е. лица, у которыхъ не предполагается юридическаго образованія и которыя не суть судебные чиновники; при болѣе важныхъ деликтахъ они присутствуютъ въ качествѣ «присяжныхъ», при менѣе важныхъ въ качествѣ «шеффеновъ» [1]).

Нѣчто подобное и въ отношеніи гражданскихъ дѣлъ встрѣчается въ „Палатахъ торговыхъ дѣлъ", (которыя могутъ быть учреждаемы при земскихъ судахъ), при чемъ здѣсь принимаютъ участіе въ судѣ и купцы, которые, какъ это бываетъ при шеффенскихъ судахъ, соединяются въ коллегію во главѣ съ юридически образованнымъ судьею въ качествѣ предсѣдателя. Однако, эти купцы на опредѣленные періоды признаются судебными чиновниками, чему нѣтъ мѣста въ коллегіяхъ шеффеновъ и присяжныхъ.

§ 832.

При *шеффенскихъ судахъ* два шеффена соединяются съ судебнымъ чиновникомъ въ одну коллегію для нераздѣльной судейской дѣятельности.

§ 833.

При судѣ *присяжныхъ* «скамья присяжныхъ», занятая двѣнадцатью присяжными, противополагается скамьѣ судебныхъ чиновниковъ— коллегіи трехъ судей; въ этомъ случаѣ судейскія функціи являются раздѣленными между обѣими коллегіями. Присяжнымъ принадлежитъ установленіе фактическаго состава или, что тождественно съ этимъ, рѣшеніе вопроса о виновности», судебнымъ чиновникамъ (помимо веденія процесса и проч.) главнымъ образомъ подвѣдомственно установленіе юридическихъ послѣдствій или, что равнозначуще, рѣшеніе «вопроса о наказаніи».

Введеніе смѣшанныхъ судовъ, ближайшимъ образомъ въ видѣ судовъ присяжныхъ, находится въ связи съ историческимъ движеніемъ, которое, по преимуществу являлось реакціею противъ слишкомъ далеко идущаго раздѣленія государственныхъ функцій, вредившаго единству и здоровью національной мысли, и зависящаго отъ того исключенія большей части населенія отъ всякаго активнаго участія въ этихъ функціяхъ.

Merkel, Gutachten über drei Gesetzgebungsfragen betr. die Schöffengerichte, Verhandlungen des 9. Juristentages 71. (Sammlung 214)—„Esempfiehlt sich die Durchfuhrung der Schöffengerichte auch bei den gerichten der mittleren Ordnung", Verhandlungen des 22 Juristentages 93 (Sammlung 235).

---

[1]) Нѣчто похожее на судъ шеффеновъ въ Россіи представляетъ собою судъ съ сословными представителями.

B. Церковное право.

ПЕРВАЯ ГЛАВА.

Общiя замѣчанiя.

§ 834.

Церковное право, jus ecclesiasticum, есть право организованныхъ религiозныхъ союзовъ, поскольку они зиждутся на христiанской основѣ.

Церковное право имѣетъ признаки публичнаго права.

Въ настоящемъ случаѣ мы принимаемъ во вниманiе только право католической и право евангелическихъ церквей Германiи.

Должно различать право, *созданное* церковью, и право, которое имѣетъ *предметомъ* церковь и ея своеобразную общественную жизнь. Относительно перваго сравни § 563.

Подъ „церковнымъ правомъ“ понимаютъ послѣднее. Оно только отчасти создано самими соотвѣтствующими церквами, отчасти-же напротивъ является созданiемъ государства.

Это различiе было-бы неустойчивое, если-бы были правы тѣ, которые повсюду признаютъ только государственное право и согласно этому церковное и каноническое право считаютъ простою частью права, созданнаго государственною властью. Эта теорiя однако характеризуется логическимъ насилiемъ, которое препятствуетъ тому, чтобы съ разсматриваемымъ мнѣнiемъ можно было согласиться. (Ср. Elemente, § 2).

Нужно отдѣлять другъ отъ друга вопросы: имѣютъ-ли настоящiя нормы характеръ *юридическихъ* нормъ, и, если отвѣтъ получается утвердительный, то слѣдуетъ выяснить: кто *субъектъ* названныхъ правовыхъ нормъ?

1. У разсматриваемыхъ нормъ—вспомнимъ напр. о тѣхъ, которыя имѣютъ предметомъ церковную юрисдикцiю въ католической церкви — на лицо и содержанiе, и свойство силы юридическихъ нормъ, и вообще все, что свойственно послѣднимъ въ смыслѣ ихъ примѣненiя и дальнѣйшаго развитiя. Поэтому ихъ *безъ сомнѣнiя* слѣдуетъ *причислить* къ правовымъ нормамъ.

2. Субъектъ юридической нормы есть въ ней выражающаяся воля, отъ которой зависитъ и содержанiе нормы; выраженiе этой воли имѣетъ рѣшающее значенiе (см. § 43) для обязательной силы нормы (§ 49). Содержанiе-же большинства нормъ церковнаго права устанавливается церковнымъ, а не государственнымъ авторитетомъ, точно также обязательная сила этихъ нормъ для членовъ церковнаго союза, (церковныя) права и обязанности которыхъ онѣ опредѣляютъ, выводится только изъ авторитета церкви. Если даже считать государственную власть единственно возможнымъ субъектомъ всѣхъ нормъ церковнаго права, то при этомъ придется принять во вниманiе:

а) Мнѣнiе, будто-бы полномочное осуществленiе церковнаго права зависитъ отъ отношенiя къ нему государственныхъ властей (ср. § 66). При этомъ ставятъ на видъ выгоды, получаемыя разсматриваемой частью права отъ благосклоннаго къ ней отношенiя названныхъ властей, юридически единственно важныхъ, при помощи которыхъ соотвѣтствующiя нормы и превращаются въ нормы юридическiя. Однако, помимо того, что при такомъ положенiи вопроса не находятъ себѣ должнаго вниманiя выше указанные моменты, въ разсматриваемомъ взглядѣ кроется одинъ серьозный ошибочный выводъ: дѣло въ томъ, что изъ приведенной зависимости нельзя вывести болѣе того, что вытекаетъ и изъ

зависимости человѣческой жизни и процвѣтанія отъ дѣятельности государственной власти въ отношеніи вопроса, кто родитель даннаго лица;

b) Мнѣніе, будто-бы значеніе церковныхъ положеній для органовъ *государства* опредѣляется только правомъ этого государства. Конечно, для упомянутыхъ органовъ названныя положенія могутъ получить обязательную силу только вслѣдствіе выраженій воли ихъ государства. Тѣмъ не менѣе однако подобное обстоятельство не имѣетъ никакого отношенія къ тому вопросу, изъ какихъ источниковъ почерпаетъ церковное право свое значеніе для собственнаго жизненнаго обихода церкви и отъ какого субъекта оно выводитъ свою силу.

Walter, Lehrb. des Kirchenrechts aller christlichen Konfessionen, 14. A. 71. Bering, L. des Katholischen, orientalischen und protestanischen K., 2. A. 81. v. Schulte, L. des Katholischen und evangelischen K., 4. A. 86. Richter, L. des Katholischen und evangelischen K., 8. A. bearb. von Dove u. Kahl 86. O. Mejer L. des deutschen K., 3. A. 69. Hinschius, Das K. der Katholiken und Protestanten in Deutschland, 6 Bde. (Kath. K.) 69—97. Его-же въ Holtzendorff Encyclopädie. Friedberg, L. des Kath. und ev. K., 3. A. 89. Zorn, L. d. K. 88. Frantz, L. d. K., 3. A. 99. Sohm, Kirchenrecht I (Geschichtl. Grundlagen) 92. (см. также его „Kirchengeschichte im Grundriss" 88). Thudichum, Deutsches K. des 19 Jahrhunderts 77. E. Löning, Geschichte d. d. K. 78. Bierling, Das Wesen des positiven Rechts u. das K. in der Z. f. K. XIII, 256 ff.—Zeitschrift für (protest) Kirchenrecht, hrsg. v. Dove 61 ff.: Deutsche Zeitschr. f. K., hrsg. v. Friedberg u. Sehling съ 91. Archiv für Katholisches K., Innsbruck 57—61, Mainz съ 62.

§ 835.

Церковное право распадается на *внутреннее* и *внѣшнее*.

Первое имѣетъ предметомъ внутреннія отношенія церкви: ея органы и ихъ дѣятельность, точно также какъ и юридическое положеніе отдѣльныхъ лицъ; второе имѣетъ предметомъ отношенія каждой церкви къ другимъ союзамъ, въ особенности къ государству.

ВТОРАЯ ГЛАВА.

Внутреннее церковное право.

§ 836.

Главныя составныя части внутренняго церковнаго права обнимаютъ *право* церковнаго *устройства*.

Оно опредѣляетъ носителей церковной власти (potestas ecclesiastica), а также ея содержаніе и границы.

§ 837.

Въ *католической церкви* церковная власть или *церковное управленіе*, согласно догматическому опредѣленію, находится въ рукахъ епископовъ, производящихъ свое право отъ апостоловъ, преемниками которыхъ они считаются.

§ 838.

Носителемъ же высшей власти, главой епископата, въ качествѣ преемника апостола Петра, является папа.

§ 839.

Право законодательства по церковнымъ дѣламъ въ предѣлахъ, проведенныхъ догмою, принадлежитъ папѣ въ связи со вселенскимъ соборомъ, какъ и одному папѣ.

На вселенскій соборъ созываются всѣ епископы и равноправные имъ священники.

Что папа самъ по себѣ обладаетъ равною юридическою силою, какъ и папа въ связи съ соборомъ, догматически установлено на Ватиканскомъ соборѣ 18 іюля 1870 года.

§ 840.

Высшій совѣтъ при папѣ составляетъ коллегія кардиналовъ.

Ей же принадлежитъ въ тоже время право замѣщенія освободившагося папскаго престола посредствомъ выборовъ.

§ 841.

Католическое церковное право раздѣляется на jus divinum и jus humanum. Первое опредѣляется догмою, обнимаетъ основныя положенія и неизмѣняемо, какъ основывающееся на божественномъ велѣніи. Почерпается оно изъ Библіи и св. преданія.

§ 842.

Главное содержаніе этого права выражено въ соборныхъ постановленіяхъ и папскихъ декреталіяхъ.

Большинство старыхъ соборныхъ постановленій и декреталій собрано въ corpus juris canonici (§ 563).

§ 843.

Носитель *церковнаго управленія* въ *евангелическихъ церквахъ* догмою не опредѣляются. Для строя этого управленія имѣли рѣшающее значеніе историческія условія.

Подъ вліяніемъ этихъ условій въ различныхъ евангелическихъ церквахъ достигли развитія различныя системы права церковнаго устройства. Между ними наибольшее историческое значеніе имѣютъ консисторіальное и синодальное или пресвитеріанское устройство.

Friedberg, Das geltende Verfassungsrecht der evang. Landeskirchen in Deutschland und Oesterreich 88.

§ 844.

Консисторіальное устройство передаетъ государю страны, какъ таковому, также и высшую власть въ церкви. Государь есть «summus episcopus».

Церковнымъ управленіемъ онъ завѣдуетъ при помощи консисторій, которыя состоятъ изъ свѣтскихъ и духовныхъ совѣтниковъ.

Это устройство получило преобладаніе въ области распространенія реформаціи на началахъ лютеранства и, въ зависимости отъ этого условія, въ Германіи.

§ 845.

Синодальное (пресвитеріанское) устройство признаетъ высшую власть за церковною общиною.

Эта власть осуществляется коллегіями, которыя составляются изъ духовныхъ и мирянъ (старшинъ), какъ и собраніями, собирающимися въ опредѣленное время—синодами, въ которыхъ точно также соединены духовныя лица и миряне—послѣднія въ качествѣ представителей церковныхъ общинъ.

Это устройство развилось въ области реформатскаго исповѣданія и осталось тамъ преобладающимъ.

§ 846.

Въ настоящее время въ евангелическихъ церквахъ Германіи почти вездѣ встрѣчается смѣшанная форма устройства, а именно по большей части дѣйствуетъ консисторіальное устройство, видоизмѣненное принятіемъ синодальныхъ элементовъ.

Эту систему можно сравнить съ конституціонною формою устройства въ области государственной.

§ 847.

Главные источники протестантскаго церковнаго права въ Германіи суть, какъ можно заключить изъ сказаннаго, государственные законы.

ТРЕТЬЯ ГЛАВА.

Внѣшнее церковное право.

§ 848.

Въ современномъ мірѣ *государство* и *церковь* вообще не совпадаютъ, но въ тоже время нельзя сказать, чтобы они расходились другъ съ другомъ. Церковь и государство являются союзами, покоющимися на различныхъ основаніяхъ и стремящимися разрѣшить различныя задачи различными средствами, при чемъ однако церковь (или большинство церквей), какъ представительница важныхъ общественныхъ интересовъ и общественной силы, ставится обыкновенно въ болѣе близкое отношеніе къ государству, чтобы тѣмъ съ одной стороны имѣть возможность требовать отъ него и находить широкую правовую охрану и разнообразное содѣйствіе, а съ другой стороны и самой содѣйствовать государственной дѣятельности при посредствѣ духовнаго воздѣйствія.

Но что касается близости соединенія обѣихъ силъ и самостоятельности церкви, то въ этомъ отношеніи существуютъ большія различія.

Характеризованное положеніе вещей заключаетъ въ себѣ свои противуположныя стороны. Во-первыхъ нужно отмѣтить совпаденіе государства и церкви во всеобъемлющемъ общественномъ организмѣ, одновременно свѣтскомъ и духовномъ, при чемъ ни свѣтскій элементъ, какъ въ классическомъ Римѣ и Греціи, ни духовный элементъ, какъ въ еврейскомъ государствѣ и у многочисленныхъ народовъ Востока, не является преобладающимъ.

Во-вторыхъ необходимо имѣть въ виду полнѣйшее отдѣленіе религіозныхъ союзовъ отъ государства и юридическую равноправность ихъ въ государственномъ законодательствѣ съ любыми союзами хозяйственными, научными или увеселительными. Приближеніе къ подобному положенію вещей мы находимъ въ Сѣверо-Американскомъ Союзѣ.

Geffcken, Staat und Kirche in ihrem Verhältnis geschichilich entwickelt 75. Friedberg, Die Grenzen zwischen Staat und Kirche und die Garantien gegen ihre Verletzung 72. O. Mejer, Zur Geschichte der römisch-deutschen Frage 71. Zeller, Staat und Kirche 73. Minghetti, Staat und Kirche, deutsch 81. Maassen, 9 Kapitel über freie Kirche und Gewissensfreiheit 76. Sohm Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt 73. Moulart, Kirche und Staat 81. Hinschius, Allgem. Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche въ Marquardsen Handbuch des öffentlichen Rechts 1,87. Kahl, Lehrsystem d. Kirchenrechts u. d. Kirchenpolitik 94.

§ 849.

Право регулированія вышеуказанныхъ отношеній, а также отношеній между различными церквами, государство вообще приписываетъ себѣ въ неограниченномъ смыслѣ.

Въ качествѣ носителя высшей власти въ предѣлахъ своей области и согласно своей задачѣ осуществленія порядка, обезпечивающаго миръ и соотвѣтствующаго общимъ интересамъ національной жизни, государство подчиняетъ эти отношенія своимъ верховнымъ правамъ.

§ 850.

Къ правомочіямъ, согласно этому воззрѣнію осуществляемымъ государствомъ по отношенію къ отдѣльнымъ церквамъ («jura circa sacra»), принадлежитъ какъ право высшаго надзора надъ внѣшнею жизнью церквей, такъ и право проведенія границъ примѣненія церковныхъ принудительныхъ средствъ въ интересахъ свободы своихъ подданныхъ, условій общественнаго мира и авторитета собственныхъ установленій.

§ 851.

Въ Германской Имперіи для юридическаго положенія церковныхъ общинъ имѣетъ теперь рѣшающее значеніе земское право.

Оно даетъ признаннымъ церквамъ положеніе публично-правовыхъ корпорацій и въ той-же мѣрѣ и право на публичное отправленіе своего богослуженія.

Въ остальномъ отношеніе упомянутыхъ общинъ къ государству слагается очень различно.

Отъ правъ этихъ корпорацій, какъ таковыхъ, слѣдуетъ отличать право отдѣльныхъ лицъ придерживаться той или другой религіи и исповѣдывать ее публично безъ того, чтобы съ этимъ могли быть связаны какія-либо юридиче-

скія ограниченія въ гражданскомъ или политическомъ отношеніи. Сюда относится имперскій законъ 3 іюля 1869 года. См. § 476.

§ 852.

Католическая церковь не признаетъ за государствомъ права односторонне регулировать ихъ взаимныя отношенія (§ 849), но настаиваетъ на регулированіи этихъ отношеній путемъ соглашеній государства и церкви.

Съ этою точкою зрѣнія нѣкоторыя германскія государства считались (напр. Баварія 1817 г.) посредствомъ заключенія, такъ называемыхъ, «конкордатовъ» съ папскимъ правительствомъ.

Относительно регулированія подобныхъ отношеній возникаютъ затрудненія двоякаго рода. Во-первыхъ затрудненіе заключается въ томъ, что единая организація католической церкви простирается за предѣлы отдѣльнаго государства и имѣетъ свой центръ тяжести внѣ сферы его господства, вслѣдствіе чего подъ власть послѣдней подпадаетъ только несамостоятельная часть всей католической церкви. Между тѣмъ государство не можетъ съ одной стороны не подчинить этой части своему законодательству, а съ другой стороны не въ состояніи уничтожить зависимость ея отъ центральныхъ органовъ церкви; въ виду этихъ условій государство является принужденнымъ поддерживать непосредственныхъ сношенія съ названными центральными органами. Въ этихъ сношеніяхъ, какъ и въ сношеніяхъ между самостоятельными государствами, сила противустоитъ силѣ, и вопросъ идетъ объ общихъ воззрѣніяхъ, которыя могли-бы дать въ этомъ случаѣ почву для соглашенія. Помимо того въ средѣ взаимныхъ отношеній церкви и государства затрудненія возникаютъ изъ того, что такія общія воззрѣнія имѣются далеко не въ недостаточной мѣрѣ и что наряду съ ними во всякое время получаютъ значеніе рѣзкія противоположности. Церковь по отношенію къ государству приписываетъ себѣ высшее право, при чемъ въ смыслѣ основъ своей дѣятельности опирается на непосредственное порученіе Божества и на свои возвышенныя цѣли.

Что касается спеціально „конкордатовъ", то ихъ „юридическая природа" есть предметъ часто обсуждавшейся контроверзы. Между тѣмъ сюда относящіеся спорные вопросы по преимуществу носятъ политическій, а не специфически юридическій характеръ. Слѣдуетъ различать:

1) Вопросъ, должно-ли государство вступать на путь соглашеній по поводу государственно-церковныхъ отношеній? Такъ какъ при такой постановкѣ вопроса рѣчь идетъ о цѣлесообразности, то присовокуплять что либо къ выше выставленной точкѣ зрѣнія не приходится.

2) Вопросъ, должно-ли государство, если оно вступаетъ на таковой путь, придавать подобнымъ соглашеніямъ значеніе неотмѣняемыхъ договоровъ, связывающихъ его волю на долгое время? Такъ какъ при послѣдней постановкѣ вопроса дѣло идетъ о самихъ жизненныхъ отношеніяхъ государства, то утвердительно отвѣтить можетъ только такое государство, которое отказывается отъ самостоятельнаго проведенія своихъ задачъ и отъ соотвѣтствующаго имъ законодательства, постоянно приноравливающагося къ движенію отношеній въ своей области.

§ 853.

Евангелическія церкви существуютъ тамъ, гдѣ церковная власть перенесена на государя, причемъ съ общностью высшаго органа государственной и церковной воли соединяется большая или меньшая общность

другихъ органовъ церкви и государства. Органы эти находятся вмѣстѣ съ тѣмъ въ болѣе тѣсной связи съ государствомъ и ближе зависятъ отъ него.

Соотвѣтствующее современнымъ возрѣніямъ раздѣленіе между государственнымъ и церковнымъ правомъ здѣсь не составляетъ цѣли для преобразовательныхъ стремленій.

C. Международное право.

§ 854.

Международное право обнимаетъ тѣ правовыя положенія, которымъ цивилизованные народы приписываютъ общую для себя обязательность и при посредствѣ примѣненія которыхъ многія фактическія существующія между народами отношенія, слагаются въ юридическія.

Представленіе о существованіи общихъ интересовъ, общности убѣжденій и привычекъ у народовъ слагаются, какъ и у отдѣльныхъ лицъ, подъ вліяніемъ одинаковыхъ побужденій и опыта; у этихъ-же интересовъ, убѣжденій и привычекъ заимствуется нейтральное мѣрило, важное для избѣжанія и устраненія столкновеній и для оцѣнки сталкивающихся интересовъ; значеніе подобнаго критерія въ международномъ правѣ аналогично правовому критерію, примѣняемому въ общественныхъ союзахъ во взаимныхъ отношеніяхъ отдѣльныхъ лицъ, хотя при этомъ названный критерій устанавливается съ большими затрудненіями, медленнѣе и не съ той увѣренностью въ смыслѣ непреложности его примѣненія. Въ природѣ, возникновеніи и примѣненіи за разсматриваемымъ критеріемъ въ извѣстныхъ границахъ можно признать характерные признаки объективнаго права, хотя въ менѣе развитой формѣ.

Heffter, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8. A. bes. v. Geffcken 88. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht d. civilisierten Staaten, 3. A. 78. v. Holtzendorff, Handbuch des V., 4 Bde., 85 ff.; онъ-же въ его Encyclopädie (въ 5. A. обр. v. Störk). v. Bulmerincq, Das V. въ Marquardsen Handb. I, 84. Rivier Lehrbuch des V., 2. A. 99; его-же Principes du droit des gens 96. Martens, Völkerrecht, deutsch v. Bergbohm *), 83, 86. Gareis, Institutionen des V. 88. Ullmann, V. 98. v. Lisst, Das V. 99.—Calvo, Le droit international théorique et pratique, 5. A., Paris 96. Laurent, Etudes sur l'histoire de l'humanité, 18 Bde., 50 ff. H. Wheaton, Elements of international Law 36, въ различныхъ англійскихъ и французскихъ изданіяхъ; его-же, Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amerique, 3. A. 53. Lawrence, Commentaire sur les éléments du dr. intern. et sur l'histoire des progrès du dr. des gens de Wheaton 68—80. Pradier-Fodéré, Traité de dr. intern. public, пока 7 Bde., 85 ff. Walker, History of the law of nations, Cambridje I, 99. Despagnet, cours de dr. intern. p. 2. éd. 99.—Lasson. Prinzip und Zukunft des V. Fricker, Problem des V., въ Tübinger staatswissensch. Zeitschr. Bd. 28 и 34. Bulmerincq, Praxis, Theorie und Kodification des V. 74. Pierantoni, Die Fortschritte des V. im 19 Iahrhundert, deutsch v. Scholz 99.—Revue de droit intern. et de législation comparée, Bruxelles 69 ff. Annuaire de l' Institut de droit intern. 77 ff.

---

*) Нѣмецкій переводъ русскаго сочиненія профессора Ф. Ф. Мартенса „Современное международное право цивилизованныхъ народовъ". Имѣется и французскій переводъ. *Ред.*

§ 855.

Международное право есть несовершенная часть права, поскольку его формы и осуществленіе въ связи съ гарантіями послѣдняго обнаруживаютъ незначительное развитіе въ настоящемъ и не обѣщаютъ большаго въ будущемъ.

См. §§ 138, 140, 143.—Многіе даже прямо отрицаютъ существованіе международнаго права, какъ и возможность его, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ своемъ отрицаніи оказываются въ состояніи доказать только то, что предположеніе существованія международнаго права не согласно съ принятымъ ими понятіемъ права, въ чемъ въ дѣйствительности слѣдуетъ усмотрѣть скорѣе доказательство противъ ихъ опредѣленія права, а не противъ права международнаго.

Какъ-же въ самомъ дѣлѣ должны называться соотвѣтствующія нормы, напр. тѣ, которыя имѣютъ предметомъ положеніе посланниковъ или отношенія между нейтральными и воюющими державами? Отъ чисто нравственныхъ правилъ и отъ правилъ нравовъ онѣ отличаются отчасти извѣстными формами возникновенія (договоры), отчасти ролью, которую имъ приходится играть при судебныхъ рѣшеніяхъ, наконецъ тѣмъ, что участвующія въ международномъ общеніи державы постоянно выводятъ изъ нихъ субъективныя права и юридическія обязанности. Пусть въ отдѣльныхъ случаяхъ относительно этихъ правъ подымается споръ, пусть присущая имъ сила часто оказывается недостаточною, тѣмъ не менѣе ни одной заинтересованною державою не оспаривалось существованіе въ разсматриваемой области отдѣльныхъ правъ, именно правъ субъективныхъ, которыя предполагаютъ существованіе его обосновывающаго объективнаго права. Упомянутые выше теоретическіе противники международнаго права по большей части въ послѣдствіяхъ своихъ выводовъ не даютъ себѣ яснаго отчета. Если не существуетъ международнаго права, то не существуетъ также юридическихъ отношеній между народами или государствами. Въ этомъ случаѣ не имѣетъ также никакого смысла то обстоятельство, что государства, какъ это постоянно бываетъ, посредствомъ договоровъ признаютъ взаимно права или, въ случаѣ спора о своихъ границахъ, учреждаютъ третейскіе суды, чтобы разрѣшить этотъ споръ, согласно праву. Для такихъ судовъ само собою является яснымъ, что правила международнаго права должны быть полагаемы въ основаніе ихъ рѣшеній, въ качествѣ обязательныхъ нормъ. Этимъ однако и разрѣшается настоящій вопросъ (см. ученіе объ источникахъ права).

Не предвзятое разсмотрѣніе исторической жизни народовъ исключаетъ предположеніе, будто-бы между строемъ таковой жизни въ предѣлахъ границъ государства и строемъ въ международной области существуетъ абсолютная противоположность, и будто только въ сферѣ первой возможенъ порядокъ, поддерживаемый этическими и эгоистическими факторами, и только въ ней замѣтна и мыслима дѣятельность силъ, участвующихъ въ жизни права; въ области-же международной напротивъ возможность регулированія и ограниченія спора посредствомъ протеста (Erhebung) и вліянія нейтральныхъ державъ исключена навсегда. Истинно то, что силы, къ которымъ всюду должно быть сведено развитіе общихъ обычаевъ и общаго права, движутся и производятъ свое дѣйствіе также и въ международной области, хотя и при болѣе сложныхъ условіяхъ (см. § 122 и сл.). Въ дѣйствительности существуютъ отношенія взаимодѣйствія между состояніемъ обѣихъ тѣхъ областей, при чемъ и развитіе правопорядка, обезпечивающаго на долгое время внутренній миръ въ предѣлахъ отдѣльныхъ государствъ, зависитъ отъ преодолѣнія нравственнаго и юридическаго хаоса въ международной области.

Неосновательны далѣе всѣ теоріи, устанавливающія противоположность между международнымъ правомъ и прочими частями права, въ видѣ различія

одного и другого, какъ правъ, стоящихъ на высшей и низшей ступени развитія (§ 134 и сл.). Неправы также и тѣ, которые настаиваютъ на противоположности въ смыслѣ источниковъ ихъ обязательной силы. См. объ этомъ § 857 прим. Ср. Fricker, 1 c. Merkel, Macht und Recht, 1 c.

§ 856.

Возведеніе международнаго права на ступень, которая приблизительно соотвѣтствовала-бы ступени, занятой у культурныхъ народовъ частнымъ, уголовнымъ и процессуальнымъ правомъ, разумѣется предполагало-бы созданіе законодательной, судебной и исполнительной власти надъ народами. Но вмѣстѣ съ тѣмъ былъ-бы созданъ новый государственный организмъ, обнимающій эти народы, и международное право превратилось бы во внутреннее право, право именно этого новаго общаго организма.

Но если даже такое превращеніе кажется совершенно невозможнымъ, то все-таки нельзя считать недостижимымъ поднятіе международнаго права на высшую ступень развитія. Собравшаяся по почину Русскаго Императора лѣтомъ 1899 года, такъ называемая, мирная конференція въ Гаагѣ показала, что государства склонны къ учрежденію постояннаго третейскаго суда, къ рѣшеніямъ котораго можно было-бы обращаться при спорахъ. Кромѣ того, выдающіеся представителя международнаго права признали желательнымъ созваніе международной конференціи съ цѣлью кодификаціи извѣстныхъ частей международнаго права.

Съ осуществленіемъ такой кодификаціи съ одной стороны, и съ возникновеніемъ постояннаго третейскаго суда съ другой, была-бы достигнута не только высшая ступень развитія международнаго права, но въ то же время были-бы приведены въ дѣятельность могучіе факторы для еще высшаго развитія]. Zorn, Voelkerrecht. Ergebnisse der Haager Konferenz, Deutsche Rundschau, 1900.

§ 857.

Юридическія положенія международнаго права возникаютъ отчасти въ формѣ обычнаго права, отчасти путемъ договоровъ, устанавливающихъ право между заинтерессованными государствами.

Подобные договоры имѣютъ для международнаго права такое же значеніе, какъ законы внутри государства.

Относительно договоровъ, какъ формы образованія права см. § 121 и относящіяся туда цитаты. Далѣе Berbgohm., Staatsverträge u. Gesetze als Quellen des V. 74. Triepel. Voelkerrecht und Landesrecht 99.

Въ дальнѣйшемъ развитіи и въ примѣненіи международнаго права принимаютъ существенное участіе отдѣльныя государства. Именно: сначала они дѣйствуютъ въ качествѣ творцовъ международной системы договоровъ, разработка которой имѣетъ рѣшающее значеніе для развитія этой части права; затѣмъ государства являются подобными творцами постольку, поскольку при ихъ посредствѣ возникаетъ возможность судебнаго примѣненія разсматриваемаго права въ территоріальныхъ мѣстныхъ судахъ, обязываемыхъ при данныхъ предположеніяхъ примѣнять правила международнаго права; государства творятъ международное право также тогда, когда на основаніи особыхъ соглашеній учреждаютъ третейскіе суды для отдѣльныхъ спорныхъ случаевъ.

Изъ этого однако не слѣдуетъ правильность того воззрѣнія, будто-бы отдѣльному государству въ международномъ правѣ ничего не противопоставляется кромѣ собственной воли. Если-бы дѣло обстояло такъ, то было-бы злоупотребленіемъ слова говорить о (объективномъ!) правѣ и притомъ правѣ,

общемъ для народовъ. Мы представляемъ-же себѣ при словѣ право (въ объективномъ смыслѣ) силу, которая повелѣвая и разрѣшая, предоставляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ права и возлагаетъ обязанности; при столкновеніи этихъ правъ и обязанностей даетъ формулу соглашенія интересовъ—примиренія, при чемъ силу эту мы представляемъ себѣ не какъ результатъ собственнаго индивидуальнаго произвола подпадающихъ ея дѣйствію лицъ, но какъ авторитетъ, возвышающійся изъ объективнаго и общаго для заинтересованныхъ сторонъ источника. Только такая сила можетъ быть носительницею характерныхъ для права функцій. Общій-же источникъ, изъ котораго международное право выводитъ свой авторитетъ, слѣдуетъ искать въ общихъ культурнымъ народамъ интересахъ, убѣжденіяхъ и привычкахъ. Изъ подобнаго-же источника, между прочимъ, выводится тотъ основной, имѣющій силу обычнаго права принципъ, что договоры между государствами при извѣстныхъ предположеніяхъ должны быть соблюдаемы.

При обсужденіи этихъ отношеній должно впрочемъ принять во вниманіе то, что излагалось объ автономномъ элементѣ въ правѣ (§ 129) и о признаніи его отношенія къ обязательной силѣ правовыхъ нормъ (§ 49).

§ 858.

Содержаніе международнаго права относится:

къ субъектамъ международныхъ отношеній и ихъ общему юридическому положенію,

къ отношеніямъ между ними во времена мира,

къ отношеніямъ между ними во времена войны и разрыва.

§ 859.

Субъекты международнаго права, т. е. прямые носители правъ и обязанностей, принципіально суть только государства. При томъ только суверенныя государства являются полноправными субъектами, между тѣмъ какъ, такъ называемыя, полусуверенныя государства (§ 366 прим.) не считаются полноправными субъектами.

Разумѣется, при извѣстныхъ обстоятельствахъ во время гражданской войны (напримѣръ, во время войны сѣверн. и южныхъ штатовъ Амер. Союза) возставшая партія признается „воюющею державою“ и поэтому во многихъ отношеніяхъ признается субъектомъ международнаго права—аномалія, которая возникаетъ вслѣдствіе того, что въ такихъ случаяхъ трудно рѣшить, какая партія должна фактически считаться обладательницею правительственной власти въ соотвѣтствующемъ государствѣ.

Точно также конфедераціи (§ 406) бываютъ субъектами международныхъ отношеній. Былъ таковымъ прежній Германскій Союзъ.

Своеобразно и сильно оспаривалось международное положеніе папы со времени присоединенія Папской области къ Итальянскому королевству. Фактически онъ пользуется международными привилегіями государя и обладаетъ также правомъ отправлять посланниковъ (§ 863).

О носителяхъ правъ производнаго характера см. § 862.

§ 860.

Государства считаются въ международномъ правѣ принципіально равноправными.

Но этотъ принципъ претерпѣваетъ видоизмѣненіе вслѣдствіе между-

народнаго церемоніальнаго права, которое за государствами и его представителями признаетъ извѣстныя почетныя права и при этомъ, сообразуясь съ различіями въ могуществѣ, устанавливаетъ между ними отношенія по рангамъ. Поэтому государства, обладающія «королевскими почетными правами» по рангу предшествуютъ тѣмъ, которыя такими правами не обладаютъ.

§ 861.

Относительно разграниченія сферы юридическаго воздѣйствія различныхъ государствъ по отношенію другъ къ другу въ современномъ обществѣ получаетъ господствующее значеніе «принципъ територіальности» (§ 428). См. относительно этого разграниченія §§ 326 и сл., 427 и сл.

§ 862.

Въ качествѣ непрямыхъ носителей правъ въ международномъ правѣ принимаются во вниманіе извѣстные органы государствъ.

Они выводятъ эти права изъ права государства, которое они представляютъ.

Такіе органы производнаго характера суть:

1. Органы, имѣющіе назначеніе способствовать мирному международному обороту и представлять интересы своего государства или подданныхъ ввѣренныхъ его защитѣ заграницею. Важнѣйшіе между ними суть посланники и консулы.

2. Монархи и президенты республикъ.

§ 863.

Къ 1. *Посланники* суть чиновники, отправляемые для представительства интересовъ своего государства въ другомъ государствѣ; они посылаются верховнымъ главою перваго къ правительству послѣдняго и для такого представительства формально акредитовываются (уполномочиваются).

Право посылать посланниковъ къ другимъ державамъ и принимать таковыхъ отъ нихъ (активное и пассивное посланническое право), имѣютъ въ Германіи, какъ имперія, такъ и государства—члены. Alt, Handb des europäischen Gesandtschaftsrechts 70. Martens, Guide diplomatique, 5. A. bes. v. Geffcken 66. Zorn въ „Annalen des D. R.“ 82. Pradier-Fodéré, cours de dr. diplomatique. 2 A. 1900. Laband, Staatsrecht § 71.

§ 864.

Посланники раздѣляются на четыре разряда, именно, на 1) пословъ, 2) просто посланниковъ, 3) министровъ—резидентовъ, 4) уполномоченныхъ въ дѣлахъ.

Три первыхъ разряда непосредственно акредитуются при верховномъ главѣ чужого государства, послѣдній-же—при министрѣ иностранныхъ дѣлъ.

§ 865.

Международное право признаетъ за посланниками опредѣленныя привилегіи, именно:

1. Привилегію неприкосновенности, т. е. право на усиленную правовую охрану;

2. Привилегію экстериторіальности, согласно которой посланники въ серьозныхъ отношеніяхъ не подчинены верховнымъ правамъ чужого государства, на територіи котораго они находятся, но должны считаться какъ-бы находящимися въ предѣлахъ собственнаго государства. Въ особенности въ виду такихъ высшихъ правъ по отношенію къ нимъ исключается примѣненіе принудительныхъ мѣръ.

Причастны къ этимъ привилегіямъ также семейства, служащій персоналъ и личная прислуга посланниковъ.

§ 866.

Функціи *консуловъ* касаются международнаго торговаго и частнаго оборота. На нихъ лежитъ обязанность охранять интересы своего государства, его подданныхъ и ввѣренныхъ его защитѣ въ области этого оборота.

Ср. имперскіе законы 8 ноября 67 г. и относительно подсудности 10 іюня 79 г. (Entwurf eines neuen Ges. ueber. d. Konsularhericgtsbarkeit 99).

Для развитія консульскаго дѣла первоначально имѣла рѣшающее значеніе потребность торговыхъ націй обладать заграницею судебными мѣстами, въ которыхъ при разрѣшеніи споровъ могло-бы примѣняться право ихъ государства. Въ настоящее время консулы христіанскихъ державъ еще имѣютъ ограниченное право (гражданскаго и уголовнаго суда) надъ подданными представляемыхъ ими державъ въ нѣкоторыхъ странахъ Востока. Они осуществляютъ это право отъ имени первыхъ и примѣняютъ ихъ правовыя нормы. Въ остальныхъ странахъ развитіе современнаго государства привело къ отмѣнѣ подобной подсудности, несогласной съ принципомъ территоріальности. König, Handb. des d. Konsulatswesens, 5. A. 97 de Clerq et de Vallat, Manuel pratique des consulats, 4. A. 80. Laband, Staatsecht § 72.

§ 867.

Консулы раздѣляются на консуловъ по назначенію (consules missi) и консуловъ выборныхъ (consules electi). Первые суть командируемые подданные представляемаго государства и, въ качествѣ его чиновниковъ на жалованьи, должны посвятить себя исключительно консульскимъ дѣламъ; вторые суть подданные того государства, въ которомъ они должны функціонировать и при томъ обыкновенно купцы; имъ ввѣряется веденіе соотвѣтствующихъ дѣлъ въ мѣстѣ ихъ жительства.

§ 868.

Къ 2. *Монархи* и *президенты республикъ*, если они находятся на територіи чужого государства не инкогнито и не противъ выраженной воли правительства послѣдняго, имѣютъ одинаковыя привилегіи, какъ и посланники.

§ 869.

По отношенію къ правонарушеніямъ государства въ области международнаго права считаютъ себя предоставленными самопомощи, поскольку не послѣдуетъ добровольнаго возмѣщенія или поскольку таковаго нельзя достигнуть посредничествомъ, содѣйствіемъ дружественныхъ державъ или рѣшеніями третейскаго суда..

Сюда относится употребленіе «репрессалій», т. е. примѣненіе актовъ силы по отношенію къ подданнымъ или имуществу чужого государства, съ цѣлью получить возмѣщеніе.

Крайняя форма самопомощи есть *война.*

§ 870.

Война допускаетъ юридическое изслѣдованіе съ трехъ точекъ зрѣнія, именно:

1. Поскольку имѣется въ виду ея обоснованіе (§ 869),
2. Поскольку имѣется въ виду ея окончаніе и юридическія послѣдствія (см. § 143, 225),
3. Поскольку она сама является предметомъ регулирующихъ опредѣленій.

§ 871.

Подъ послѣднюю точку зрѣнія подходятъ тѣ нормы, которыя возлагаютъ на воюющія державы извѣстныя ограниченія по отношенію другъ къ другу и по отношенію къ подданнымъ враждебной державы; напр. нормы, касающіяся обращенія съ парламентерами, ранеными и ухаживающимъ за ними персоналомъ (женевская конвенція), устанавливающія исключеніе извѣстныхъ средствъ борьбы; подобныя нормы касаются также пощады, требуемой въ извѣстныхъ границахъ, для жизни, свободы и собственности частныхъ лицъ, не участвующихъ въ борьбѣ.

Между тѣмъ, какъ по воззрѣніямъ древнихъ, война давала право на жизнь и смерть всѣхъ подданныхъ враждебнаго государства, по современнымъ воззрѣніямъ такой взглядъ не имѣетъ мѣста. Согласно новымъ воззрѣніямъ, война есть распря между государствами, а не между частными лицами, и послѣднія, вообще должны подвергаться только такимъ ограниченіямъ, которыя являются необходимыми для цѣлей войны: подавленія непріятельской силы.

Lüder, Genfer Konvention 76. Triepel, D. neusten Fortschritte auf d. Gebiet des Kriegsrechts 94. Moynier, la Révision de la Convention de Genève 99.

§ 872.

Относительно частной собственности на морѣ дѣйствуютъ иные принципы, нежели на сушѣ.

На морѣ частная собственность подданныхъ враждебной страны и теперь еще подвержена праву добычи («призовому праву»).

Вопросъ о правомѣрности приза рѣшаютъ призовые суды берущаго призъ государства.

Bluntschli, Beuterecht im Kriege u. Seebeuterecht insbes. 78. Bulmerincq. le dr. des prises maritimes Rev. de dr. intern. X (призовой регламентъ Института 82). Perels, D. internationale öffentl. Seerecht 82.

§ 873.

Сюда относятся далѣе нормы, которыя касаются отношеній воюющихъ державъ къ нейтральнымъ. Интересы послѣднихъ должны быть уважаемы при томъ предположеніи, что нейтральныя государства не оказываютъ ни прямой, ни косвенной военной помощи ни одной изъ воюющихъ сторонъ и въ тоже время не допускаютъ нарушенія своего нейтралитета ни одною изъ нихъ.

Важно разграниченіе правъ обѣихъ сторонъ въ особенности въ области морского оборота: именно въ вопросахъ соблюденія блокады (закрытія непріятельской гавани для всякаго оборота), провоза военныхъ матеріаловъ (контрабанды), обращенія съ непріятельскимъ торговымъ имуществомъ на нейтральныхъ корабляхъ и нейтральнаго имущества на непріятельскихъ корабляхъ. Въ послѣднихъ указанныхъ отношеніяхъ дѣйствуютъ въ настоящее время правила, что (помимо контрабанды) нейтральный флагъ покрываетъ непріятельскій грузъ и что нейтральное имущество также и подъ непріятельскимъ флагомъ должно быть уважаемо. (Парижская декларація 16 апрѣля 56 г.)

Gessner, les droits des neutres sur mer, 2 изд. 76.